جامعة مولود معمري - تيزي وزو

كلية الحقوق و العلوم السياسية

مدرسة الدكتوراه "القانون الأساسي والعلوم السياسية "

التراضي في العقود الإلكترونية

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون

فرع المسؤولية المهنية

إعداد الطالبة

مرزوق نور الهـــدى

إشراف الأستاذ

د . بوبشير محند أمقران

لجنة المناقشة

- د/ جبالي وأعمر ، أستاذ محاضر أ ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ....**رئيسا**
- د/بوبشير محند أمقران، أستاذ محاضرأ، جامعة مولود معمري تيزي وزو...**مقررا**
- د/ صبايحي ربيعة ، أستاذة محاضرة أ، جامعة مولود معمري تيزي وزو....**ممتحنة**

تاريخ المناقشة: 2012/05/08

إهداء

هذه الحروف لمن يا قلب تهديها

وذي المودة من يدري أمانيها

بعمق قلب ملؤه محبة و أمل

بأن يعطر من دنيا من له فيها

بخالص الدعوات بالرحمة تبعثها

لمن كانا أقرب الناس في الدنيا بأهاليها

عرفت فيه الأبوة في أسمى معانيها

وحياتي بشعاعه لا يزال يضويها

أبي الغالي ، وأمي ما أقول فيها

تلك الحبيبة في الدنيا ، أطلب الله

في الآخرة أن ينجيها

قد مضى لها الرحيل

ولكن لست أسلوها ، في مهجتي ذكراها باق

وإن بعدت فحبـــي مدى الأيام يدفيها

حب عظيم ما له بدل ، تلك الحنون لا أنسى لياليها

أبت العين أن تجف لرحيله

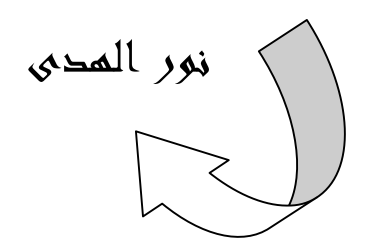
أخي رحمة الله عليه ، وأسكنه فسيح جنانه

أرجو من كل من يطلع على هذه المذكرة أن يترحم على روح: أبـــي، أمي وأخي

شكـــر و تقدير

- الحمد لله سبحانه وتعالى ، له عظيم الشكر والحمد والإمتنان ..
- شكري وتقديري إلى أستاذي الفاضل الدكتور بوبشير محند أمقران الذي شرفني بقبوله الإشراف على هذه المذكرة ، أسأل الله أن يجزيه كل الخير ويديم عليه الصحة والعافية .
- تشكراتي لكل من علمني حرفا .. أساتذتي الأجلاء منذ نعومة أظافري إلى مرحلة الماجستير .. فلهم مني أسمى عبارات التقدير والاحترام .
- جزيل الشكر لأساتذتي المحترمين الذين تفضلوا وقبلوا مناقشة هذا العمل المتواضع ، شرف لي أن أستقي من علمهم ومعارفهم لإثراء هذا البحث .
- لكل من أعانني من قريب أو من بعيد لإنهاء هذا العمل ، أتقدم بخالص تشكراتي .

نور الهدى



قائمة أهم المختصرات

بالعربية :

د	دكتور
د.تا	دون تاريخ نشر
د.د.ن	دون دار نشر
ص	الصفحة
ص ص	من الصفحة.. إلى الصفحة.
ج ر	جريدة رسمية
ق م	قانون مدني

بالفرنسية :

CNUDCI	Commission des nations unies sur le droit commercial international.
Uncitral	United Nations commission on International trade law
Http	protocole de transfert hypertexte
Ibid	Ibidem (au mème endroit)
In	Dant
Op.cit.	Référence Précitée
P	Page
PP	Pages
PUF	Presses universitaires de France
Rev	Revue


مقدمة

مقدمـــــــة

عرفت منذ القدم أشكال مختلفة من التعاقد، كالبيع عن طريق الراديو والتلفزيون والهاتف والفاكس والتلكس وغيرها. وها نحن نشهد في مطلع القرن الحادي والعشرين بزوغ ثورة جديدة هي "ثورة المعلوماتية" [1]، والتي واكبها تطور هائل في مجال تقنيات الاتصال.

أدى التفاعل بين تكنولوجيا الاتصالات وتكنولوجيا المعلوماتية إلى ظهور شبكة المعلومات الدولية التي شهدت تقدما تقنيا يفوق الخيال، إذ ألقت بظلالها على كل ميادين الحياة الاقتصادية، والعلمية، والاجتماعية، والطبية والقانونية.

تمثل شبكة الانترنت[2] قمة ما أنتجته هذه الثورة من تقنيات ، وبعد أن كانت هذه الشبكة حكرا على وزارة الدفاع الأمريكية والأبحاث العلمية، تضاعف إستخدامها في القطاع التجاري في بداية التسعينات من القرن الماضي، وكادت أن تصل هذه الشبكة إلى كل متجر وشركة ومنزل، وغدت العمود الفقري في الدول المتقدمة للمعاملات الإقتصاديـــة ، والعلاقات المالية ، وعقد الصفقات وإبرام العقود.

أنشأت شبكة الانترنت نسيجا من العلاقات بين الأفراد تتعدد خطوطه وتتلون خيوطه وألغت الحدود الجغرافية بين الدول المختلفة . ومع أن بيع السلع وتقديم الخدمات التجارية عن بعد ليس ظاهرة جديدة إلا أن إنتشار الأنترنت على المستوى العالمـــي أدى

---

[1]) إذا كان مطلع عام 1960 من القرن الماضي قد سمي بعقد إنفجار المعلوماتية أو ثورة المعلومات، وهو العقد الذي شهد إستخداما موسعا للحواسب، فإنه بدخول عام 1970 بدأ عقد جديد عرف بعقد المعالجة الآلية للمعلومات نتيجة إزدهار ما يسمى ببنوك المعلومات . محمد حسان لطفي، عقود خدمات المعلومات، دراسة في القانونين المصري والفرنسي ، د.د.ن، الإسكندرية، 1993، ص 4.

[2]) الأنترنت/ شبكة متداخلة ومتشعبة تربط بين آلاف الشبكات ، تتيح الاتصال على شكل تبادل المعلومات الرقمية في إطار بروتوكول يضمن الإتصال بين الحواسب والشبكات الموجودة في جميع أنحاء العالم والتي تعمل بلغات متنوعة . سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 48 .

إلى تعزيز هذا النوع من الخدمات فظهر مصطلح "التجارة الإلكترونية"[1]، والتي تتيح العديد من المزايا ومن أهمها تجنب رجال الأعمال مشقة السفر وتوفير لهم الوقت والمال عند ترويجهم لمنتوجاتهم، كما يمكن للمستهلك التجوال عبر العالم وإقتناء كل ما يريده دون أن يتنقل ، فأصبح الجميع في سوق إفتراضي كبير دائم وغير مادي.

إن أهم ما يميز التجارة الإلكترونية[2] عن التجارة التقليدية هو الوسيلة التي تمر بها أو عن طريقها ، حيث تتم من خلال بيئة إلكترونية تستخدم فيها أحدث وسائل الإتصال وهي شبكة الأنترنت ، أين ظهر الإتجاه إلى الإمتناع عن التعامل بالمستندات الورقية، والأخذ بنظام تبادل البيانات إلكترونيا .

بإعتبار أن العقد الإلكتروني تعاقد عن بعد لوجود تباعد مكاني بين طرفي العقد ، فإن تبادل الإرادات يتم عن طريق وسيط إلكتروني . وتكاد تنحصر خصوصيات إبرام العقد الإلكتروني في الأحكام الخاصة بركن التراضي وما يعتريه من شكلية معينة يتعذر إنجازها إلكترونيا، أما بالنسبة لركني السبب والمحل فتنعدم فيهما خصوصيات هذا العقد.

و باتجاه الإرادة المشتركة للطرفين إلى إحداث أثر قانوني، يتشكل ركن التراضي الذي يعتبر أهم ركن في كل التصرفات القانونية. وقد أدى البعد المادي بين الأطراف المتعاقدة في هذا النوع من العقود إلى طرح سلسلة من الإشكالات والتساؤلات القانونية حول هذا الركن ، الشيء الذي إنعكس بدوره على طبيعة كل من الإيجاب والقبول المشكلين لركن التراضي ، فأصبح هذا الأخير يتميز بخصوصيات أثرت كثيرا على المفاهيم التقليدية السائدة في النظرية العامة للعقود، الشيء الذي أعاق تطبيق القواعد

---

[1]) يطلق مصطلح الإلكتروني على تقنية استخدام وسائل مغناطيسية أو أية وسيلة مشابهة في تبادل المعلومـــــــات أو تسجيلها أو حفظها ، وقد ابتكر مصطلح "التجارة الإلكترونية" من قبل شركة « IBM » ، ونشرته وعممت استخدامه مجموعة جارتنر « Gartner » ، وأصبح يعني التعظيم المتواصل للنشاطات التجارية من خلال التكنولوجيا الرقمية . محمد طاهر نصير ، التسويق الإلكتروني ، دار حامد للنشر والتوزيع ، عمان ، 2005 ، ص 30.

[2]) التجارة الإلكترونية في صورتها العامة طلبات بضاعة أو خدمات يكون فيها الطالب في مكان غير مكان المطلوب منه الخدمة أو البضاعة، وتتم الإجابة بشأن توفر الخدمة أو البضاعة على الخط ، وبالتالي يمثل الموقع المعلوماتي على الشبكة وسيلة عرض ومحدد لمحل التعاقد وثمنه ... صابر راشدي ، المركز القانوني للكمبيوتر (الحاسب) في التعاقد الإلكتروني ، معارف ، المركز الجامعي بالبويرة ، العدد 09 ، 2010 ، ص 12 .

العامة على هذا النوع من التراضي، بإعتبار أن هذه القواعد تم صياغتها لتتناسب وطبيعة المعاملات التقليدية.

بات التساؤل عن كيفية مواجهة خصوصيات إستخدام الوسيلة الإلكترونية في التعاقد أمرا لازما لا غنى عنه، وأصبحت مسألة إعادة النظر في النظم التقليدية ضرورة ملحة إزاء ثورة معلوماتية أدخلت الكثير من الخصوصيات على ركن التراضي في العقود . لذا يطرح التساؤل عن إمكانية رسكلة القواعد القانونية التقليدية الخاصة بركن الرضى لمواجهة هذا النوع من المعاملات، أم أن الأمر يتطلب تدخل المشرع لوضع قواعــد خاصة ؟

لا يرتبط الشخص بأي عقد إلا إذا إتجهت إرادته إلى إبرامه ، والعقد لا يتم إلا بعد تبادل أطرافه التعبير عن إرادتين متطابقتين يطلق عليهما الإيجاب والقبول. ومن هنا تتجلى أهمية التعبير عن الإرادة بصورة مشروعة وقانونية . وقد تثير الوسيلة المستخدمة للتعبير عن الإرادة ونقلها في المجال الإلكتروني شكوكا حول إعتراف القانون بالإرادة المعبر عنها إلكترونيا ، لذا تدخل المشرع على المستويين الدولي والداخلي لإضفاء صفة المشروعية على مثل هذه الإرادة ، ولتنظيمها في إطار قانوني خاص (الفصل الأول).

إنتشرت التجارة الإلكترونية في السنوات الأخيرة، وأسست الكثير من الشركات العالمية والمحلية مواقع خاصة بها على شبكة الأنترنيت، إذ حسب مكتب الدراسات " Forrester reseach" قدر إستعمال التجارة الإلكترونية سنة 1998 بمبلغ 43 مليار دولار وارتفع في سنة 2003 ليبلغ 1300 مليار دولار[1]. وتقدر بعض الدراسات حجم التجارة الإلكترونية حاليا بـــ 60 % من مجمل التجارة العالمية. ويتوقع أن ترتفع أكثر من ذلك خلال هذا العقد.

إن إقامة التجارة الإلكترونية في أي إقتصاد يقتضي وضع قواعد ومبادئ يمكن اعتبارها مؤشرات لتقييم مدى نجاح العمل بالتجارة الإلكترونية، وأهمها خلق بيئة تشريعية وقانونية تتلاءم ومتطلبات هذه التجارة[2] ، لذا بدأ إهتمام المشرعين على الصعيدين الدولي والداخلي في تنظيم أحكام هذه الأخيرة . لكن القانون غير قادر على مواكبة التقدم العلمي.

---

1) Théo HASSLER," La signature électronique ou la nouvelle frontière probatoire", Revue de jurisprudence commerciale, n° 06, 2000, p 193.

2) أحمد باشي ، واقع وآفاق التجارة الإلكترونية، إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة ،العدد 26، 2003 ، ص 75 و76.

بنفس الوتيرة التي يتطور فيه هذا الأخير لأن التقدم العلمي يمتاز بالسرعة الهائلة في التطور، بينما يمتاز القانون بالثبات نسبيا ولو لفترات محددة .

تعتبر التجارة الإلكترونية مرحلة حديثة على رجال القانون، وتعد القوانين الحالية غير كافية لمواجهة هذا الوليد الجديد في مجال العلاقات التجارية الدولية. وإزاء هذا الوضع التشريعي بدأت المنظمات الدولية في إصدار التوجيهات والقوانين النموذجية التي تتناسب وطبيعة المعاملات الإلكترونية، كما بدأ رجال القانون يطالبون المشرع بالتدخل لوضع قانون ينظم مثل هذه المعاملات. وقد بدأ الإهتمام بهذه المسألة على الصعيد الدولي من خلال اللجان التابعة للأمم المتحدة وبالتحديد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، ويطلق عليها إختصارا إسم "اليونسترال" [1]، والتي سعت إلى إصدار قانون نموذجي يعتني بتنظيم أحكام التجارة الإلكترونية ليكون نموذجا يحتذى به من قبل بقية التشريعات في تنظيم هذه المسألة من كافة جوانبها ، فقد أصدرت هذه اللجنة في عام 1996 القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية وهو قانون يقوم على مبدأ المعادلة الوظيفية l'équivalence fonctionnelle ، أي التكافؤ من حيث الوظائف بين الكتابة في المحررات الإلكترونية والكتابة في المحررات الورقية، وهو يحتوي على مجموعة من القواعد والإرشادات التي تهدف إلى تهيئة بيئة قانونية أكثر ملاءمة للتجارة الإلكترونية.

جاء في ديباجة القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية دعوة المشرعين في جميع دول العالم إلى الأخذ بقواعد وأحكام هذا القانون في حالة سن قوانين داخلية تنظم التجارة والمعاملات الإلكترونية. وقد لقيت هذه الدعوة صدى كبيرا لدى العديد من الدول الأوروبية والعربية[2]. فهل ان الأحكام العامة للتراضي الإلكتروني على ضوء النظرية العامة للقانون تختلف عن تلك التي تضمنتها التشريعات الحديثة الخاصة بالمعاملات الإلكترونية ؟؟ (الفصل الثاني) .

---

[1]) أنشأت الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة اليونسترال في 1996/12/16 ، بناءا على تقرير اللجنة السادسة (A/51/628)، واليونسترال مصطلح مأخوذ من كلمة إنجليزية « Uncitral » مختصر لـــ : United Nations commission on International trade taw ، وتدعى باللغة الفرنسية : CNUDCI .

[2]) من الدول التي حذت حذو قانون اليونسترال نجد كل من : الولايات المتحدة الأمريكية، و فرنسا، وكندا، وإنجلترا، واليابان، والصين، والأردن، وإمارة دبي.

الفصل الأول

الإرادة الإلكترونية

يتساوى العقد الإلكتروني مع بقية العقود بقيامه على مبدأ الرضائية ، بحيث يلزم لإنعقاده التعبير عن إرادة التعاقد . ويعتبر الرضا الركن الأساسي والبديهي لقيام العقد ، وبمقتضاه يتبلور مبدأ الحرية التعاقدية وإرادة الإلتزام [1].

التعبير عن الإرادة هو سلوك إيجابي أو سلبي يسمح باستخلاص وجود إرادة محددة ومعلنة للغير، وتتجه إلى الإرتباط القانوني .

إذا كانت القواعد العامة تشترط لإنعقاد العقد التقليدي وجود إرادة تعاقدية، وضرورة التعبير عنها بأية وسيلة تدل على وجودها، فإن العقد الإلكتروني يبرم عبر شبكة إلكترونية تتسم باللامادية، الأمر الذي يثير العديد من الشكوك حول إمكانية إستخدام الوسائط الإلكترونية للتعبير عن الإرادة بغرض إبرام العقد ، ومدى إعتراف المشرع بمشروعية هذه الوسائط (المبحث الأول) .

ومما لا شك فيه أن وجود هذه الإرادة لا يكفي لإنعقاد العقد، بل لا بد من التعبير عنها . وما دام أن العقد الإلكتروني يبرم بين غائبين عبر وسيط إلكتروني، فإنه يصعب معرفة كل طرف لشخصية الطرف الآخر ، كما يحتمل حدوث أخطاء أوتحريف للإرادة عند نقلها عبر هذه الوسائط ، الأمر الذي يثير العديد من المشاكل القانونية (المبحث الثاني).

---

[1]) د/حسام الدين كامل الأهواني ، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول ، القاهرة ، الطبعة الثالثة ،2000 ، ص 74.

المبحث الأول

وجـــــود الإرادة الإلكترونيـــة

الارادة ظاهرة نفسية تتمثل في قدرة الكائن المفكر على اتخاذ موقف أو قرار يستند إلى أسباب واعتبارات معقولة، مما يستدعي وجود الإدراك وحسن التدبير عند صاحب الإرادة[1].

إن الإرادة باعتبارها عمل نفسي لا يعلم بها إلا صاحبها، لا تتخذ مظهرها الاجتماعي أو الخارجي إلا بالتعبير عنها ، فلا يعتد بها القانون إن لم يتم التعبير عنها[2].

يتم التعبير عن الإرادة باستخدام وسيلة مادية تكشف عن إرادة صاحبها[3] ، ومن هنا تكمن أهمية التعبير عن الإرادة بصورة مشروعة وقانونية، كي لا تثير الوسيلة المستخدمة للتعبير عن الإرادة ونقلها الشكوك حول وجود التراضي من كلا المتعاقدين.

تثير مسألة التراضي في العقود الإلكترونية العديد من الإشكلات القانونية حول مدى اعتراف القانون بالوسيط الإلكتروني كوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة بغرض إنشاء العقد (المطلب الأول). وقد أدى تطور المعاملات التجارية وتعقدها إلى الاهتمام أكثر بمرحلة التفاوض التي تسبق مرحلة إبرام العقد لأهميتها البالغة في الوصول إلى إعداد جيد للعقد، فكلما كان الإعداد جيدا كلما حقق العقد مصلحة الأطراف وحال دون قيام منازعات مستقبلية بينهم.

---

[1]) علي فيلالي، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر والتوزيع ،الجزائر، 2001، ص 69.

[2]) د/ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (الجزء الأول)، التصرف القانوني ، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001 ، ص 59.

[3]) د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، منشأة المعارف، الأسكندرية ، 2002 ، ص29.

وما دام أن العقود الإلكترونية قد تنصب على معاملات تتسم بالتركيب والتعقيد الفني والقانوني فإنه بات من الضروري أن تسبق مرحلة إبرام العقد مرحلة مفاوضات لتفادي المشاكل التي قد يثيرها هذا النوع من العقود، لا سيما أن الإرادة في هذه المرحلة أصبحت لا تقل أهمية عن تلك الصادرة في مرحلة إبرام العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مدى جواز التعبير عن الإرادة إلكترونيا

يقصد بالإرادة انعقاد العزم على إجراء العملية القانونية محل التعاقد ويتم التعبير عن الإرادة التعاقدية باستخدام وسيلة تدل على وجودها [(1)].

إذا كان التعبير عن الإرادة في التعاقد التقليدي يتم بالوسائل المعتادة، فإن وسائل التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني تتعدد وتختلف، فهو يتم عبر شبكات الاتصال الإلكترونية.

مما لا شك فيه أن القواعد العامة في معظم التشريعات الحديثة رسخت قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بأية وسيلة لا تثير الشك في رضى المتعاقد بالتصرف، وذلك تغليبا لمبدأ سلطان الإرادة[(2)].

وفي غياب التنظيم التشريعي للتعاقد الإلكتروني بدت ضرورة اللجوء إلى الأحكام العامة الواردة في التشريعات الخاصة التي يستفاد منها جواز التعاقد بأي موقف أو مسلك لا يدع ثمة مجال للشك في دلالته على حقيقة المقصود[(3)].

---

[1]) د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 125.

[2]) د/ محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في التعاقد عبر الانترنت (دراسة مقارنة)، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 21.

[3]) د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 127.

لقد دفعت ثورة المعلومات وانتشار استخدام شبكات الاتصال في إبرام الصفقات والعقود مشرعي الدول والمنظمات الإقليمية والدولية إلى إقرار هذا الواقع ، ومن ثم إجازة التعبير عن الإرادة العقدية عبر وسائل الكترونية[1] (الفرع الأول) ، إلا أن معظم هذه القوانين استثنت تطبيق هذه الأحكام على مجموعة من التصرفات ، فمنها من حصرت هذه الاستثناءات وضيقت من نطاقها ومنها من وسعت هذه الإستثناءات إلى درجة كبيرة[2] (الفرع الثاني).

<u>الفرع الأول: قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل</u>

الأصل في التعبير أنه لا يخضع لشكل معين، فللمتعاقد أن يفصح عن إرادته بالطريقة التي تروق له[3] بشرط أن يكون لها مدلولا يفهمه الطرف الآخر. إن كل ما يدل على وجود الإرادة يصلح قانونا للتعبير عنها، وكما يصح التعبير عن الإرادة بالكتابة والقول أو الإشارة فإنه يصح باتخاذ موقف عملي معين يمكن أن يعبر عن إرادة المتعاقد لدى الأطراف ، إذا كان هذا الموقف كافيا للدلالة عنها دلالة أكيدة. وهذا ما نصت عليه صراحة المادة 60 من القانون المدني الجزائري[4]، والسؤال يطرح بشأن موقف الشريعة الإسلامية و القواعد العامة و التشريعات الحديثة من هذه القاعدة في مجال التعاقد الإلكتروني؟

---

1) Arnaud RAYNOUARD, Le contrat électronique, Panthéon Assas, Paris, 2002, P18.

2) د/محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص 21.

3) د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات)، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، الطبعة الثانية، 2004 ، ص 83.

4) أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني الجزائري، مؤرخ في 1975/09/26، ج ر رقم 78 لسنة 1975 وهو معدل ومتمم.

أولا / موقف الشريعة الإسلامية من قاعدة جواز التعبير بكافة الوسائل :

يتفق العلماء على صحة التعاقد بالكتابة إذا كان بين غائبين لأن تلك هي الوسيلة المستطاعة لإتمام العقد [1] وفقا للقاعدة الفقهية المشهـــورة أن" الكتاب كالخطاب" أي أن الكتابة بين الغائبين كالنطق بين الحاضرين.

الانترنت ما هو إلا وسيلة لتوصيل الكتابة وهذه الوسيلة معتبرة شرعا لعدم تضمنها محضورا شرعيا، ولأنها شبيهة في حقيقة الأمر بالتعاقد عن طريق التليفون إلا أنه يزيد عليه أن الكمبيوتر هو الذي يتولى التعبير عن الإرادة بدلا من الإنسان الذي يكون صاحب الإرادة ، ويعتبر بذلك نظاما مختلطا بين التعاقد بين حاضرين وبين التعاقد بين غائبين[2].

يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن الركن الأساسي في العقد هو صدور الإيجاب والقبول من طرفي العقد ووصول كل منهما إلى علم الآخر بصورة معتبرة شرعا وفهم كلا الطرفين ما قصده الآخر، وهذا كله يتحقق في التعاقد بطريق الانترنت سواء على شبكة المواقع أو عبر البريد الإلكتروني أو المحادثة أو المشاهدة ، فيكون التعاقد صحيحا تترتب عليه آثاره المعتبرة شرعا[3].

وقد بحث مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة في دورته السادسة وأصدر بذلك القرار رقم (6/3/52) الذي نص على صحة إجراء العقود بهذه الوسائل ومنها الحاسب الآلي، وبين بعض الأحكام المتعلقة به، وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي ما يلي: "إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما

---

[1] د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأسكندرية ، 2001 ، ص 264 .

[2] د/ منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثانية، 1992، ص 136 .

[3] فراح مناني، العقد الإلكتروني، وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 122.

مكان واحد ولا يرى أحدها الآخر معانية ، ولا يسمع كلامه وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابات أو الرسالة أو السفارة "الرسول" ، وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله"[1].

من هنا يتجلى واضحا أن الشريعة الإسلامية اتخذت موقفا واضحا يتمشى مع تطورات العصر بالاعتداد صراحة بوسائل الاتصال الحديثة للتعبير عن الإرادة في إبرام العقد .

ثانيا : قاعدة جواز التعبير بكافة الوسائل في القواعد العامة:

يمكن التعبير عن الإرادة في القواعد العامة باستخدام اللفظ ، سواء كانت الألفاظ صادرة مباشرة من اللسان أو يؤديها اللسان بواسطة المخاطبة التليفونية. كما يكون التعبير عن الإرادة بواسطة المخاطبة بأي شكل من أشكالها سواء عرفية أو رسمية. وقد تكون خطية أو بالآلة الراقنة. وقد تكون في شكل رسالة أو تيلكس أو تيلغراف، أو إعلان في الصحف أو معلقات أو منشورات[2].

1/الإجازة الضمنية في التشريعات المقارنة :

لما كانت الوسيلة الإلكترونية تقوم على الجمع بين تقنيات النص عن طريق الكتابة كالبريد الإلكتروني E-mail، أو عن طريق غرف المحادثة Chatting Rooms، أومجموعات الإنجاز Mews Group ، أوالصوت (غرف المحادثة، هاتف الانترنت téléphone internet، ومجموعات الأخبار)، أوعن طريق الصورة ، تعتبر الوسيلة الإلكترونية قادرة على الدمج بين تقنيات النص و الصوت والصورة ، بصورة أفضل من

---

1) فراح مناني، العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 122و123.

2) علي فيلالي، الإلتزامات ، مرجع سابق، ص 81.

أية وسيلة اتصال أخرى وبالتالي لا إشكال في تطبيق أحكام القواعد العامة على التعبير عن الإرادة بالوسيلة الإلكترونية[1] .

فالصوت المتبادل هو لفظ صريح يصلح للتعبير عن الإرادة ، كما أن الكتابة الإلكترونية الواردة في خدمات شبكة الانترنت تعتبر كالكتابة العادية من حيث قدرتها على التعبير عن الإرادة بغض النظر عن قيمتها في الإثبات، فمن الثابت أن الإثبات بالكتابة يتطلب شروطا أشد مما يتطلبه التعبير بالكتابة[2].

إن الصورة الوحيدة التي قد تثير إشكالا هي تلك المتمثلة في الضغط على مفتاح القبول في لوحة مفاتيح الحاسوب أو الضغط بواسطة المؤشر المحرك للقبول في شاشة الحاسوب(click of mouse)على الخانة المخصصة للقبول، فهل تعد وسيلة كافية للتعبير عن الإرادة ؟

غالبا ما يجد الراغب في التعاقد غبر الانترنت، وبالذات عبر مواقع الويب(web site خانة مخصصة لقبول التعاقد تتضمن عبارة تدل على القبول أو الرضى مثل (Ok) أو (I Agree) أو(I Accept) ، فهل يعتبر الضغط بالمؤشر على هذه الخانة كافيا للتعبير عن الإرادة بالموافقة ؟

لقد استقر الفقه القانوني على كفاية مثل هذا الإجراء للتعبير عن الإرادة طالما يستطيع صاحب الموقع التجاري أن يفهم منه، وبصورة يقينية، بأن الطرف الآخر قد قبل التعاقد[3].

---

[1]) محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 23.

[2]) د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام، العقد ، الجزء الأول، دار النهضة العربية ، القاهرة، الطبعة الثالثة ، 1981، ص 218.

[3]) د/ محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص 24.

إن قيام المشرعين في معظم الدول بذكر وسائل التعبير عن الإرادة على سبيل المثال لا الحصر[1] ، يهدف إلى إفساح المجال أمام أي وسيلة إلكترونية، أو غيرها يتم اكتشافها مستقبلا، وتكون قادرة على التعبير عن الإرادة بصورة لا تثير الشك بشأن رضاء المتعاقد بالتصرف باعتبارها من الوسائل المقبولة قانونا للتعاقد والتعبير عن الإرادة.

أضف إلى ذلك يلاحظ أن المشرعين لم يولوا أهمية كبيرة في تعريف العقد [2] لموضوع التعبير عن الإرادة ووسائل إيصال الإيجاب والقبول بقدر اهتمامهم بمسألة ارتباط الإرادتين وتطابق القبول مع الإيجاب. ويستنتج من ذلك أن أية وسيلة تؤدي إلى ارتباط الإرادتين وتطابقهما يمكن أن تكون صالحة للتعبير عن الإرادة ويجوز استخدامها قانونا ، سواءا كانت إلكترونية أم تقليدية .

2/ موقف المشرع الجزائري:

يمكن استخلاص مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد من أحكام المادة 60 من القانون المدني الجزائري التي تخول للمتعاقدين الحرية الكاملة في اختيار الكيفية التي يعبران بها عن إرادتهما ، مما لا يحول دون امتداد هذه الحرية للتعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية.

كما نصت المادة 64 من نفس القانون :" إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر

---

[1]) د/ أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، دار الثقافة والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص 82.

نصت المادة 102 من القانون المدني الأردني على ما يلي" يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأي طريقة أخرى مماثلة.."،ونفس المضمون تضمنته المواد: 95 من القانون المدني السوري ، و94 من القانون المدني المصري،و88 من القانون المدني العراقي، و109 من القانون المدني الكويتي، و27 من القانون المدني التونسي و64 من القانون المدني الجزائري.

[2]) عرف المشرع الجزائري العقد في المادة 54 من القانون المدني بكونه " اتفاق يلتزم بموجبه شخص، أو عدة أشخاص آخرين، بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما".

الإيجاب فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل".

تفيد عبارة " بأي طريق مماثل" أن المشرع فتح المجال للعمل بباقي الوسائل التي تقترب فنيا من الهاتف، لذا يمتد ليشمل التعاقد بالوسائل الإلكترونية خاصة منها الانترنت كون الاتصال على هذه الشبكة يمكن أن يتحول إلى هاتف عادي عبر المحادثة الشفوية وأن البريد الإلكتروني يشبه الفاكس أو المراسلة.

تنص الفقرة الأخيرة من المادة 60 من القانون المدني الجزائري :" يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا ".

يفهم من هذه الفقرة أن أساليب التعبير عن الإرادة مفتوحة ، إذ مجرد قيام أي فرد بعرض موقع دائم وثابت له على شبكة الانترنت يعني اتخاذ مسلك وطريق يشير ويعلن فيه إلى الناس عن نية التعاقد عن طريق موقعه، فشبكة الانترنت تعرض على مدار 24 ساعة الإعلانات عن البيع والشراء وتقديم الخدمات [1].

إن مبدأ " العقد شريعة المتعاقدين" الوارد في القانون المدني الجزائري يسمح بالتفاوض وإبرام العقود الإلكترونية في ظل التشريعات السارية بناء على المبادئ التعاقدية التي اتفق عليها الأطراف ما لم تتعارض مع النصوص التشريعية الآمرة الموجودة في القانون الجزائري، وما لم تتعارض مع النظام العام والآداب العامة [2].

تسمح القواعد العامة في معظم التشريعات باستيعاب الوسيلة الإلكترونية كصورة من صور التعبير عن الإرادة ، سيما أن العقد الإلكتروني عقد عن بعد ولا يعتبر البعد ظاهرة جديدة ، أو من الأمور المستحدثة، بل تضمنته القوانين والفقه الإسلامي ، فالتعبير لم يشمل الجوهر ، ولم يتعد الناحية الشكلية ، ولا يمكن أن يكون ذلك سببا في إستحداث

---

[1]) فراح مناني، العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 133

[2]) المرجع نفسه، ص 134.

قواعد جديدة [1] . إلا أن انتشار استخدام وسائل الاتصال الحديثة ، ومن ضمنها شبكة الانترنت في القطاع التجاري في معظم دول العالم في العقدين الأخيرين من القرن الماضي واجتياح هذه الوسائل للقطاع التجاري أثار شكوكا عند الأفراد عن شرعية استخدام هذه الوسائل في إبرام العقود التجارية ، لا سيما في غياب النصوص القانونية الصريحة التي تجيز استخدامها.

لقد بقيت هذه الشكوك تشكل حاجزا يمنع تطور التجارة بالوسائل الإلكترونية وانتشارها في الدول النامية، لذا بدأ المشرع على المستويين الدولي والداخلي يسن نصوصا تشريعية جديدة بغرض تسهيل استخدام هذه الوسائل بهدف تطوير التجارة الإلكترونية[2].

ثانيا: موقف التشريعات الحديثة الخاصة بالمعاملات الإلكترونية:

اتفقت أغلبية الفقهاء على أن ازدياد استخدام وسائل الاتصال الفوري، بوصفها طرق تعبير عن الإرادة وتراجع الوسائل التقليدية في هذا المجال، يستدعي من القوانين الحديثة مسايرة الآفاق الجديدة التي تولدت بفعل استخدام تكنولوجيا الاتصال، فالقانون ظاهرة اجتماعية تعبر عن احتياجات المجتمع وتهدف إلى تنظيم وحماية الوسائل القانونية الجديدة[3].

ظلت المدرسة التحررية الأمريكية بقيادة الباحث John perry barlo تناشد بضرورة مسايرة القانون للآفاق الجديدة، ودعت إلى تبني منظومة حديثة تتلاءم والتعامل الإلكتروني الحديث ، وتعتمد هذه المدرسة بالأساس على الحرية المطلقة للمتعاقدين في

---

[1] صابر راشدي ، المركز القانوني للكمبيوتر ، مرجع سابق ، ص 15 و16 .

[2] د/ محمود عبد الرحيم شريفات ، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص 26.

[3] د/ عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني(دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،1997 ، ص60.

تكوين العقد وتنفيذه ، لا تحكمهما أية قاعدة قانونية مسبقة ، وكان هذا الرأي مؤيدا في كثير من وصايا المؤتمرات ومناشدات الباحثين ، كما كان دافعا قويا لسن العديد من التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية سواء على الصعيد الدولي أو الداخلي[1].

1/ موقف التشريعات الحديثة على الصعيد الدولي:

أقرت اتفاقية فينا بشأن عقد البيع الدولي للبضائع المبرمة في 11 أفريل 1980[2] صلاحية وسائل الاتصال الفوري في إبرام العقد، فالمادة 11 منها لا تشترط أن يتم العقد كتابة، فقد وردت عبارة " وغير ذلك من وسائل الاتصال الفوري" ، لتشمل كل ما يمكن أن تأتي به التكنولوجيا من وسائل حديثة للاتصال الفوري[3].

ولما كانت هذه الاتفاقية تتعلق فقط بتنظيم عقد البيع ، وتخص فقط عقد البيع الدولي دون عقود البيع الوطنية ، بقيت الشكوك حول إستعمال الوسيلة الإلكترونية قائمة إلى أن أصدرت منظمة الأمم المتحدة، ممثلة في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية المسمى اليونسترال (uncitral)[4] بتاريخ 16 ديسمبر 1996.

إن أهم ما جاء به قانون اليونسترال هو نصه في الفقرة الأولى من مادته الثانية على أن وسائل الاتصال التي تتم عن طريقها التجارة الإلكترونية مذكورة على سبيل المثال لا الحصر[5] . وقد رسخ هذا القانون شرعية استخدام رسالة البيانات في التعبير عن الإرادة وتكوين العقود بغض النظر عن الوسيلة المستعملة لذلك. وقد جاء في نص المادة 11 من

---

[1]) صابر راشدي ، المركز القانوني للكمبيوتر .. ، مرجع سابق، ص 16.

[2]) بدأ العمل باتفاقية فيينا في 1988/12/01 .

[3]) د/ عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري ، مرجع سابق، ص 24.

[4]) لمزيد من المعلومات راجع موقعي قانون اليونسترال على الانترنت www.un or.at/uncitral .tlm. . www.uncitral .org. :

[5])د/ خالد ممدوح إبراهيم، ابرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق، ص27.

نفس القانون:" في سياق تكوين العقود ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام وسائل البيانات للتعبير عن العرض أو قبول العرض".

إن الغاية من إصدار قانون اليونسترال هو جعله نموذجا تحتذى به أية دولة ترغب في إصدار قانون تنظم بموجبه شؤون التجارة الإلكترونية باستخدام شبكة الانترنت أو أية وسيلة تقنية أخرى ، وهذا ما حفز العديد من الدول إلى إصدار مثل هذا القانون مسترشدة بالقانون النموذجي .

وعلى صعيد الإتحاد الأوروبي فقد ورد في التعليمة الخاصة بالتجارة الإلكترونية رقم2000/31 الصادر بتاريخ 2000/06/08 في الفقرة الأولى من المادة التاسعة ما يلزم الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي بأن تدخل في تشريعاتها ما يسمح بإبرام العقود بالوسائل الإلكترونية ، بحيث أن إبرامها بوسائل إلكترونية لا يمس صحتها وقابليتها للتنفيذ. [1]

2/ موقف التشريعات الحديثة على الصعيد الداخلي:

كانت الولايات المتحدة الأمريكية من الدول السباقة لتشجيع استخدام أسلوب التجارة الإلكترونية في التعاقد[2]، إذا أصدرت قانون النقل المصرفي بالطرق الإلكترونية عام 1978 والذي يسمح بإجراء عمليات الإيداع نقدا أو بشيكات أو النقل المصرفي بالطرق الإلكترونية[3].

كما أصدرت فرنسا القانون رقم 525/80 المتعلق بإثبات التصرفات القانونية التي تتم عن طريق وسائل الاتصال الفوري ذات المعالجة الآلية سنة 1980، ثم قانون

---

[1]) Patrick THIEFFRY, Commerce électronique, droit international et européen, Litec, Paris, 2002, p185.

[2]) بلغ عدد مستخدمي شبكة الانترنت في أمريكا عام 2002 حوالي 100 مليون مستخدم، وبلغ حجم المعاملات في مجال التجارة الإلكترونية 115 مليار دولار عام 2001.

[3]) د/ خالد ممدوح إبراهيم ، ابرام العقد الإلكتروني، مرجع لسابق ، ص 33.

الاتصالات السمعية والبصرية عام 1989، وقد بين هذا القانون أن المقصود من اصطلاح الاتصالات عن بعد هو الاصطلاح الذي يشمل كل تعامل وكل إرسال أو استقبال للعلامات والإشارات والخطوط المكتوبة والصور والمعلومات، مهما كان نوعها، سواء كانت سلكية أو لا سلكية أم بصرية أو سمعية أم بالأنظمة الأخرى[1].و قد سايرت هذا الاتجاه كل من إيطاليا وكندا بسنهما لقانون التجارة الإلكترونية عام 1999 [2].

أصدرت فرنسا بعد ذلك القانون رقم 230 /2000 في شأن قانون الإثبات والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني أين وسعت من تعريف التجارة الإلكترونية وجعلتها تشمل تبادل المعلومات والمعاملات التجارية المتعلقة بالمعدات والمنتجات وكذا الخدمات[3]. وقد أصدرت قانون 21 جوان 2004 المتمم بموجب المرسوم المؤرخ في 2005/06/16 الذي ينظم نوعا خاصا من العقود ، وهي العقود الإلكترونية.

أما على الصعيد العربي فرغم أن معظم الدول العربية لم تشرع قانونا لتنظيم المعاملات الإلكترونية، إلا أن مجموعة منها حذت حذو القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (اليونسترال) في تناول مسألة التعبير عن الإرادة باستخدام الوسائل الإلكترونية، وتعتبر تونس أول دولة عربية أصدرت قانونا خاصة بالتجارة الإلكترونية سنة 2000 تحت رقم 83 ، والذي تضمن القواعد العامة المنظمة للمبادلات والتجارة الإلكترونية وقد نص هذا القانون[4] على أن العقود الإلكترونية تخضع لنظام العقود

---

[1]) Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Eric SAVAUX, Les obligations, L’acte juridique, Sirey, Paris, 2008, p102.

[2]) د/ مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 12.

[3]) Patrick THIEFFRY, Commerce électronique, op.cit, p189.

[4]) سن المشرع التونسي القانون رقم 83 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية في 05/09/ 2000، وهو منشور في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 11 لسنة 2000 ، راجع : أمير فرج يوسف ، عالمية التجارة الإلكترونية وعقودها وأساليب مكافحة الغش التجاري والإلكتروني ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، 2009 ، ص 459.

راجع كذلك الموقع :**http//www. arabegov.Com/news /news .asp.**

الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة وصحتها وقابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض وأحكام هذا القانون.

وقد سن المشرع الأردني قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت رقم 85 لسنة 2001 أجاز بموجبه صراحة استخدام رسالة المعلومات كوسيلة مقبولة للتعبير عن الإرادة[1] . وقد سايره المشرع الإماراتي في سنه للقانون رقم 2002/02 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية[2] ، وكذا المشرع البحريني بوضعه لقانون رقم 2004/28، إذ عمد إلى وضع معاني العديد من المصطلحات المرتبطة بالتجارة الإلكترونية، ونصت المادة 10 منه على أنه " في سياق إبرام العقود يجوز التعبير كليا أو جزئيا عن الإيجاب والقبول وكافة الأمور المتعلقة بابرام العقد والعمل بموجبه ، بما في ذلك تعديل أو عدول أو إبطال للإيجاب أوالقبول ، عن طريق السجلات الالكترونية ما لم يتفق الطرفان علـــــى غير ذلك" [3].

أما المشرع الجزائري فقد تأخر في سن قانون خاص بالمبادلات الإلكترونية، وإكتفى بإدخال بعض التعديلات على القانون المدني سنة 2005 ، مما زاد من حدة التساؤل حول مدى مشروعية وسائل تقنيات المعلومات للتعبير عن الإرادة في القانون الجزائري ، الشيء الذي جعل الفقه ينقسم إلى رأيين [4] ، أولهما يقر بمشروعية هذه الوسائل للتعبير عن الإرادة والثاني يرفض ذلك ولكل رأي مبرراته .

---

[1]) تنص المادة 13 من قانون المعاملات الأردني : "تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء إلتزام تعاقدي"، راجع: أمير فرج يوسف ، عالمية التجارة الإلكترونية.. ، مرجع سابق، ص 446، راجع كذلك الموقع : **http//www. arabegov.Com.**

[2]) تنص المادة 1/13 من القانون الإمراتي للتجارة الإلكترونية على ما يلي:" لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئيا أوكليا بواسطة المراسلة الالكترونية "، راجع في ذلك : عبد الرحيم محمود شريف التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص 32 وكذلك الموقع : **http//www. damascubar.org**

[3]) أمير فرج يوسف، عالمية التجارة الإلكترونية.. ، مرجع سابق، ص 418.

[4]) هذا التقسيم يشتمل في الحقيقة كل الدول التي مازالت تعتمد نفس النظم التقليدية في التعبير عن الإرادة.

ا/ القائلون بمشروعية الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة:

يرى أصحاب هذا الرأي[1] أنه رغم عدم تضمن القانون الجزائري نصوصا صريحة بشأن التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية الحديثة، إلا أن مشروعية التعاقد بواسطة هذه الوسائل تستخلص من القواعد العامة الواردة في القانون المدني ، إضافة إلى التعديل الأخير الذي أدخل بموجبه المشرع الجزائري الكتابة في الشكل الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني ضمن قواعد الإثبات في القانون المدني الجزائري ، وكان ذلك بالمادتين 323 مكرر1 و 327 فقرة 2 من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني [2].

تنص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني : " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها ".

وتنص المادة 2/327 من نفس القانون :" يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1 أعلاه " .

اعتمادا على هاتين المادتين، يرى أنصار هذا الرأي أن أخذ المشرع بالكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني في مجال إثبات العقود يعني أنه يعتد بالتعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية.

ويمكن إضافة نص المادة 323 مكرر 1 التي تنص :" ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم ، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها".

---

[1]) فراح مناني، العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 132.

[2]) صدر التعديل الاخير للقانون المدني الجزائري رقم 10/05 في الجريدة الرسمية ، عدد 44 ،الصادرة في 26 جوان 2005.

يفهم من هذه المادة أن المشرع الجزائري أراد توسيع دائرة وسائل التعاقد، ليفسح المجال للوسائل الإلكترونية وكذا الوسائل التي يمكن إختراعها مستقبلا، لتكون ضمن الوسائل المعتد بها للتعاقد بنصها: "مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها".

ب/ الرافضون للتعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية:

خلافا للرأي السابق يرفض هذا الاتجاه الاعتراف بمشروعية الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة وتبريرا لموقفه يقدم الحجج التالية:

- إن القانون الجزائري بأحكامه الحالية لا ينص صراحة على استعمال الوسائل الالكترونية كأدوات للتعبير عن الإرادة، ولا يسمح بتفسير النصوص سواء التقليدية أو التعديلات تفسيرا واسعا يشمل الصور الإلكترونية الحديثة للتعبير عن الإرادة، فلو أراد المشرع اعتمادها لنص عليها صراحة في تعديل سنة 2005.
- إن استعمال الوسائل الإلكترونية لا تخلو من المخاطر، لا سيما صعوبة التحقق من أطراف العلاقة العقدية وصفتهم نظرا للطبيعة المميزة لهذه الوسائل. فالتعاقد بواسطتها يتصف بالافتراضية واللامادية ، ناهيك عن ما تتعرض له مثل هذه العقود من قرصنة واختراق المواقع وإساءة استعمال أسماء الغير في الأنشطة الإجرامية.
- إن إقرار المشرع الجزائري في التعديل الأخير بالكتابة والإمضاء الإلكترونيين كأدلة إثبات لا يعني أنه يقر بالوسائل الإلكترونية كوسيلة للتعبير عن الإرادة، فهو لم يمنح لها بذلك الشرعية القانونية[1] .

يلاحظ أن هذا الرأي ناتج عن تخوف أصحابه مما يمكن أن ينجر عن إستعمال وسائل الإتصال الحديثة من مخاطر متعددة سبق ذكرها ، فهو يدعو إلى تدخل المشرع

---

[1]) فراح مناني، العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 135.

الصريح لوضع قواعد خاصة بمثل هذه المعاملات . لكن إلى حين حدوث ذلك، يبقى التمسك بهذا الرأي يعرقل تطور التجارة بصفة عامة، والإلكترونية بصفة خاصة في الجزائر ويجعل هذه الأخيرة تتخلف عن مواكبة التقدم العلمي والتكنولوجي ، لذا ينبغي أن نتمسك بمرونة القواعد القانونية وإمكانية مسايرتها لمثل هذه التطورات حتى لا تبقى الجزائر في معزل عن التجارة الدولية التي أصبح عمادها الوسائل الإلكترونية .

يستنتج مما سبق ، أنه وإن لم يرد صراحة إجارة التعبير عن الإرادة عن طريق الوسائل الإلكترونية في القواعد العامة في معظم التشريعات إلا أنها لم تتضمن في المقابل أية نصوص تمنع ذلك، إضافة إلى أنه تم تدوين هذه النصوص بشكل يمكنها استيعاب هذه الوسائل وإعطائها المشروعية. لكن عدم تنظيم مشرع أي بلد على مثل هذه المعاملات بالشكل الكافي يؤدي إلى عدم حماية المتعاقدين بهذه الوسائل حماية كافية، إضافة إلى إعاقة التجارة إلكترونية في هذا البلد نتيجة المخاوف التي تحوم حولها. لذا سعى المشرع على المستويين الدولي والوطني إلى حسم المسألة بوضع نصوص صريحة تضفي المشروعية على مثل هذه الوسائل للتعبير عن الإرادة في إبرام العقود، إلا أن التساؤل الذي يفرض نفسه هو إذا أجازت التشريعات الخاصة بالتجارة والمعاملات الإلكترونية التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية فهل هذه الإجازة مطلقة أم مقيدة بوضع استثناءات ، وما مدى توسيع أو تضييق هذه الاستثناءات ؟

الفرع الثاني

الاستثناءات الواردة على قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل

أجازت معظم التشريعات التي نظمت مسائل التجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية صراحة لأطراف التعامل التعبير عن إرادتهم باستخدام الوسائل الإلكترونية ، في حين أن جميع التشريعات أكدت في نفس الوقت على حرية الأطراف في الإتفاق على خلاف ذلك، بمعنى أنها لم تفرض شكلا معينا للتعبير عن الإرادة .

ومتى اتفق أطراف المعاملة على التعبير عن إرادتهم بالوسائل التقليدية كالبريد العـــــــــادي أو التليفون كان ذلك ملزما لها، فلا يجوز لها إجراءها بطريقة إلكترونية. إضافة إلى أنه يصعب حاليا إيجاد حرية غير مقيدة لاسيما في المجال الإقتصادي[1]، فإن مجال إجازة إبرام العقود بالطرق الإلكترونية لم يعد مطلقا فهناك قوانين أوردت بعض الاستثناءات على سبيل الحصر ، في حين وسعت قوانين أخرى من مجال الاستثناءات.

أولا : الاستثناءات الواردة في الشريعة الإسلامية:

اختلفت النظم التشريعية والحضارية في نظرتها للعقود والحقوق المالية سواء في كيفية انعقادها أو في شروطها أو أحكامها أو آثارها اختلافا قد يصل إلى حد التباين. فقد كانت بعض الشريعات الوضعية تشترط الشكلية لانعقاد العقد ، ثم تطورت بمرور الوقت إلى الاكتفاء بركن الرضى، في حين أن الشريعة الإسلامية جعلت الرضى منذ البداية هو الركن الأساسي في إنعقاد العقود بأي شكل [2].

ومادام الركن الأساسي في العقد هو صدور الإيجاب والقبول من طرفي العقد ووصول كل منهما إلى علم الآخر بصورة معتبرة شرعا وفهم كلا الطرفين ما قصده الآخر، وهذا كله متحقق في التعاقد عن طريقة الانترنت سواء عبر شبكة المواقع أو عير البريد الإلكتروني أو المحادثة أو المشاهدة، فيكون التعبير عن الإرادة جائزا لينتج آثاره القانونية. وقد بحث مجمع الفقه الإسلامي السابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة في دورته السادسة وصدر بذلك القرار رقم 06/03/52 ، والذي نص على صحة إجراء هذه العقود إلا أنه استثنى بعض العقود لخصوصيتها وهي:عقد الصرف ، عقد النكاح ، وعقد السلم .

---

[1]) Claude Lucas de LEYSSAC, Gilbert PARLEANI, Droit du Marché, Presses universitaires de France, Paris, 2002, P507.

[2]) قال تعالى" **يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضي منكم**" سورة النساء (الآية29)

1 - عقد النكاح :

بما أنه من شروط عقد النكاح أن يشهد شاهدان عدل على إبرامه حفاظا على حقوق الزوجين والولد منهما طول الحياة بخلاف باقي العقود التي تكون آثارها محصورة في الغالب على جانب معين وبشكل محدود، فإن هذا النوع من العقود قد استثنى من العقود التي تبرم عبر الانترنت .

ولكن هناك من يرى أن الطرق الحالية للتعاقد تسمح بحضور وتحكيم الشهادة خاصة إذا كان التعاقد عبر المحادثة أو المشاهدة، مما يسمح بتحقق ركن الشهود. وهذا ما أخذ به المذهب الحنفي الذي أجاز انعقاد النكاح بالكتابة ولو كان الزوجان غائبين عن بعضهما وحضر شاهدين عند وصول الكتاب(1).

2 -عقد الصرف:

عقد الصرف هو بيع النقد بالنقد سواء بجنسه، أو بغير جنسه ومن شروط صحته التقايض قبل الافتراق بين المتعاقدين. فالتصارف عن طريق الوسائل الإلكترونية يختلف حكمه بحسب الطريقة التي تم بها العقد،، فإن تم مباشرة عبر شبكة المواقع أو البريد الإلكتروني المباشر أو المحادثة، وتم تنفيذ العقد بتحويل المبلغ محل العقد من حساب كل من الطرفين عن طريق الشيك المصرفي أو النقود الإلكترونية أو كارت الفيزا أو الحوالة البنكية المباشرة أو غير ذلك من أشكال الصرف التي تجعل التقايض متحققا في الحال بين الطرفين فإن العقد صحيح(2) ، لأن التقايض ليس مقصورا على التقايض الحقيقي بين الطرفين مباشرة ،بل يكون أيضا بالقبض الحكمي، كالقيد المصرفي في حساب العميل

---

1) فراح مناني، العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 124.

2) د/ شحاتة غريب محمد شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية(دراسة مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 47.

بطريق الحوالة المصرفية أو الانترنت المصرفي. يخلص إلى أن صحة عقد الصرف عن طريقة الوسائل الإلكترونية تتوقف على توفر شرط التقايض فيه [1].

3- عقد السلم:

عقد السلم هو عقد موصوف في الذمة مؤجل بثمن مقبوض في مجلس العقد. ومن شروط صحته تعجيل رأس مال السلم، بأن يتم قبضه في مجلس العقد، وقد أجاز المالكية تأخيره ليومين أو الثلاثة ، وإذا تفرق المتعاقدان قبل القبض بطل العقد وانفسخ ، لأنه يؤدي إلى بيع دين مؤجل بدين مؤجل، وقد ورد النهي عن ذلك.

يختلف حكم بيع السلم بطريق الإنترنت بحسب الطريقة التي يتم بها التعاقد ودفع الثمن, فإذا تم دفع رأس المال (الثمن) بعد التعاقد مباشرة ، سواء بطريق الشيك المصرفي أو بحوالة مصرفية مباشرة أو بالنقود الإلكترونية أو نحو ذلك فإن العقد صحيح.

أما إذا لم يتم تسليم الثمن في مجلس العقد، فإن العقد باطل عند جمهور العلماء. وعلى رأي المالكية يكون العقد صحيحاً ، إذا كان هذا التأخير أقل من ثلاثة أيام حتى لو كان ذلك مشروطاً ومتفقاً عليه في العقد . إلا أن البعض يرى أن القبض يكون صحيحا وسليما طالما أنه لم يتضمن مخالفات شرعية، والمرجع في القبض هو العرف[2].

ثانيا :الإستثناءات في القانون النموذجي "اليونسترال ":

إن مسألة البحث في الاستثناءات الواردة في القانون النموذجي"اليونسترال" مسألة أولية ومهمة، باعتبار أن هذا القانون يهدف إلى مساعدة الدول على تطوير تشريعاتها لتستجيب لحاجيات التجارة الإلكترونية، كما تسعى إلى توحيد الأحكام وتقارب الحلول للمشاكل الثانوية المتعلقة بهذا النوع من التجارة. فهي تعتبر إذن مهد الشريعات الحديثة في مجال التعاقد الإلكتروني[3].

---

[1]) فراح مناني، العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 126.

[2]) أحمد عبد الله الضويحي، حكم العقود الالكترونية ووسائل إثباتها في الشريعة الإسلامية، جامعة اليرموك، عمان، 2004، ص 18.

[3]) محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص35.

1/ نطاق تطبيق قانون اليونسترال :

نصت المادة الأولى من قانون اليونسترال المعنونة بـــ"نطاق التطبيق":" ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعاملات تكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية"[1].

يتجلى من هذه المادة أن هذا القانون ضيّق من نطاق تطبيقه، وجعله يقتصر على التجارة الإلكترونية، إلا أنه في نفس الوقت وسع من نطاق هذه التجارة لتشمل كل الأنشطة التجارية، بدليل عدم إبداء أي تعريف لهذه الأخيرة ضمن المادة الثانية التي خصصها للتعريفات، ورأت اللجنة الخاصة بصياغة هذا القانون إبقاء التعريف مفتوحا ليشمل كل المستخرجات الإلكترونية الممكنة ، إذ ارتئي خلال إعداد هذا القانون أن استبعاد أي شكل أو واسطة عن طريق تقييد نطاقه يمكن أن يفضي إلى صعوبات عملية ، وأن يتعارض مع الغرض المتوخى منه وهو توفير قواعد محايدة من حيث الوسائط [2].

2/ **حرية الدول في تعديل القانون النموذجي بوضع إستثناءات :**

لقد أعطى قانون اليونسترال للدول الراغبة في تبنهيه الحرية في توسيع نطاقه ليشمل المعاملات غير التجارية ، كما أعطى لها الحق في وضع استثناءات تراها مناسبة، إلا أنه حذر من جهة أخرى من استغلال هذا الحق لوضع استثناءات على بعض نصوص هذا القانون [3] ، لأن ذلك يعتبر خروجا من روح هذا القانون وتجريدا له من مهامه وأهدافه ، لذا من البديهي التساؤل عن موقف التشريعات المقارنة ؟

---

[1]) وائل أنور بندق ، قانون التجارة الإلكتروني (قواعد الاونستيرال ودليلها التشريعي) ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، 2009 ، ص 11.

[2]) وائل أنور بندق، قانون التجارة الإلكتروني، المرجع السابق ، ص 42 .

[3]) يفهم ذلك من نص المادة الأولى حاشية رقم 04 من قانون اليونسترال ، المرجع نفسه ، ص 45.

ثالثا: الإستثناءات في القوانين المقارنة:

انتهج بعض المشرعين نهج القانون النموذجي وأصدروا تشريعات لتنظيم المعاملات التجارية الإلكترونية ، فهناك من تقيد بمضمون هذا القانون وفقا لنطاقه الضيق كمشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري[1] ، والذي أجاز التعبير عن الإرادة باستخدام الوسائل الإلكترونية في كافة الأنشطة التجارية دون أية قيود أو استثناءات [2] ، وهناك من عدل فيه بوضع إستثناءات حسب مجال العقد أو شكله.

1/**الإستثناءات من حيث مجال العقد :**

لقد انتهج المشرع الكويتي منهجا مقاربا لقانون اليونسترال في تبنيه مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي، إذ جاء في المادة الأولى منه :" يطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات يكون في شكل مستند إلكتروني مستخدما في أعمال تجارية"[3].

يتضح من هذه المادة أن المشرع الكويتي حصر مجال تطبيق القانون الخاص بتنظيم استعمال الوسائل الإلكترونية على الأعمال التجارية مستثنيا بذلك أي عمل غير تجاري، وقد بررت المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع موقف المشرع بكونه يرمي إلى حماية الشخص العادي من أن يكون محلا لتطبيق أحكام هذا القانون في الوقت الذي لم يصل فيه الوعي والثقافة عند الناس إلى المستوى المطلوب لمثل هذه المعاملات .

لقد وسع المشرع الكويتي من نطاق الاستثناءات الواردة في هذا القانون باستثنائه لبعض المعاملات التجارية وهي البيوع العقارية، والتصرفات الملحقة بها، والأوراق

---

[1]) مشروع حكومي أعدته لجنة التنمية التكنولوجية في مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار في رئاسة مجلس الوزراء المصري، وقد نشر نص المشروع في مجلة الأهرام الاقتصادية تحت عنوان : " التجارة الإلكترونية ضرورات وانتقادات"، العدد 1279 لسنة2001 ، راجع نص المشروع في : أمير فرج يوسف ، عالمية التجارة الإلكترونية..، مرجع سابق، من ص 351 إلى 358.

[2]) إن عدم وضع أية قيود أو إستثناءات أثار عدة خلافات في كل من القضاء والفقه وعلى الصعيد العملي، راجع في ذلك : د/خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 156.

[3]) محمود عبد الرحيم شريفات،التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص38.

التجارية والمالية ومستندات الملكية[1] . وقد أرجعت المذكرة الإيضاحية للمشروع السبب في ورود هذه الاستثناءات إلى الطبيعة الخاصة لهذه المسائل وعدم إمكانية تطبيق أحكام هذا القانون وفق التنظيم القانوني لهذه المسائل في الوقت الحالي .

موازاة لموقف المشرعين المصري والكويتي، واللذان تبنيا القانون النموذجي بنطاقه الضيق تبنت بعض التشريعات هذا القانون مع توسيع نطاقه ، بحيث لا تقتصر فقط على الأعمال التجارية، بل أيضا على الأعمال غير التجارية ، فظهرت تشريعات تحت عنوان " المعاملات الإلكترونية أو المبادلات الإلكترونية"[2]

يعتبر قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت الصادر سنة 2001 تحت رقم85 أحد التشريعات التي سايرت الاتجاه الموسع لنطاق تطبيق القانون النموذجي، إذ يطبق على جميع المعاملات التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية سواء كانت مدنية أو تجارية [3].

رغم توسيع المشرع الأردني من مجال تطبيق هذا القانون، إلا أنه أورد بعض الاستثناءات في المادة السادسة منه، تتعلق بالجانب الشكلي للمعاملة أو التصرف المبرم عبر الوسائل الإلكترونية.

2/ الإستثناءات من حيث شكــل العقد:

يستلزم القانون في أحيان كثيرة شكلية معينة يجب استيفاؤها لانعقاد العقد إلى جانب الشروط الموضوعية في تكوين العقد وصحته على نحو يكون معه التعبير عن الإرادة غير منتج لآثاره القانونية المتوخية إلا إذا توفرت هذه الشكلية.

---

[1]) ورد ذكر هذه الإستثناءات في المادة 920 من القانون المدني الكويتي .

[2]) هناك عدة تشريعات بهذه التسمية مثل :"قانون المعاملات الإلكتروني السنغافوري، مرسوم قانون المعاملات الإلكتروني البحريني، قانون المعاملات الإلكتروني الأردني، قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، مشروع قانون المبادلات والتجارية الإلكترونية الفلسطيني.

[3]) أمير فرج يوسف ، عالمية التجارة الإلكترونية.. ، مرجع سابق ، ص 442.

وإذا كانت الكتابة متطلبة كركن في العقد، سواء كانت عرفية أو رسمية فإن التساؤل يثور حول مدى إمكانية إستيفاء هذه الشكلية في العقود الإلكترونية، وذلك بالكتابة على دعامات إلكترونية ؟

ونظرا لأهمية وخطورة بعض التصرفات، لا سيما تلك التي تشترط فيها الشكلية كركن أساسي، فقد رأى مشرعو بعض الدول عدم جواز استخدام قواعد البيانات أو التوثيق الإلكتروني بشأنها ومن هذه الدول: أمريكا، وكندا، وايرلندا الشمالية، والصين، وإمارة دبي،والأردني[1] .

لقد استثنى المشرع الأردني صراحة في نص المادة السادسة من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني تحت رقم 85 لسنة 2001 جميع العقود والمستندات والوثائق الشكلية التي تنظم وفق شكل معين اشترطه القانون ، موردا بعض المعاملات الشكلية المستثناة على سبيل المثال لا الحصر[2] مثل: الوصية، والوقف، والتصرف في أموال غير منقولة وعقود إيجارها، إضافة إلى الوكالات والمعاملات في الأحوال الشخصية، والإشعارات المتعلقة بإلغاء وفسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة، ولوائح الدعاوي والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم والتعامل بالأوراق المالية كالسندات والأسهم[3].

يستخلص من خلال هذه الأمثلة إلى أن مناط الاستثناءات في قانون المعاملات الأردني هو ضرورة التقيد بشكل معين أثناء إجراء هذه المعاملات، وأن عدم مراعاة هذا الشكل يستوجب اعتبار هذه التصرفات غير صحيحة، كما قرر قانون دبي للمعاملات

---

[1]) أمير فرج يوسف ، عالمية التجارة الإلكترونية.. مرجع سابق ، ص 442 و 443 .

[2]) محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص 43.

[3]) بشار محمود دودين ، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006 ، ص 60.

والتجارة الإلكترونية [1] استثناء عدة أمور من تطبيق هذا القانون ، مثل المسائل والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية، وسندات ملكية الأموال غير المنقولة والحقوق الواردة عليها، والسندات المالية القابلة للتداول مثل الأسهم أو أي سند يتطلب القانون تصديقه أمام موظف الدولة المختص مثل التوكيل العام والخاص[2].

لقد كان المشرعون الغربيون هم السباقين لوضع هذه الاستثناءات، فقد استبعد المشرع الأمريكي بعض التصرفات والأعمال القانونية كمسائل قانون الأسرة وكذا قرارات وأوامر المحاكم وأوراق ومستندات التقاضي، في حين إستثنى المشرع الكندي الوصايا، والمستندات المتعلقة بالعقارات وتسجيلها والسندات المالية. ولقد اقتصر المشرع الإيرندي الاستثناءات على الوصية وعقود الأمانة وحقوق الملكية العقارية، وهو نفس الموقف الذي اتخذه المشرع الصيني في سنه لقانون المعاملات والتجارة الإلكترونية سنة 2000 .

لقد استحدث المشرع الفرنسي نص المادة 1316 من القانون المدني[3] ، والتي جاءت بمفهوم واسع للكتابة يشمل بجانب الكتابة على الورق الكتابة في الشكل الإلكتروني أي تلك المثبتة على دعامة الكترونية، وقد أدى وجود هذا النص ضمن قواعد الإثبات إلى التساؤل هل يمكن للكتابة الإلكترونية أن تكون بديلة عن الكتابة التقليدية ؟ وبعبارة أخـــرى هل يمكن للمفهوم الحديث الموسع للكتابة أن يشمل الكتابة كركن للانعقاد أو لصحة التصرف أم يبقى قاصرا على الكتابة كوسيلة إثبات التصرف لا سيما أن هذا التعريف ورد ضمن القواعد المعالجة للإثبات ؟

---

[1]) صدر قانون إمارة دبي بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية سنة 2002 تحت رقم 02، راجع: أمير فرج يوسف ، عالمية التجارة الإلكترونية ...مرجع سابق ، من ص 373 إلى 406 أو الموقع: www.org.damascusbar.org

[2]) المرجع نفسه ، ص378 و 379 ، وكذلك :خالد ممدوح إبراهيم ، ابرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص 154.

3)

انقسم الفقه الفرنسي في معالجة هذه المسألة إلى فريقين ، يرى الأول أن هذا النص يتسع نطاقه ليشمل أيضا الكتابة المتطلبة كركن لتعقاد العقد بناءا على عمومية تعريف الكتابة بمقتضى نص المادة 1316 من القانون المدني، وكذا وحدانية النص الذي تضمن تعريفا لها . وبذلك يفهم أن الكتابة المقصودة بهذا النص لم تعد قاصرة على الكتابة كدليل إثبات، إنما تشمل أيضا الكتابة المتطلبة لصحة التصرف، وبالتالي يكون هذا التعريف هو الوحيد الذي يمكن الرجوع إليه في كل الحالات التي تثار فيها فكرة الكتابة، لينتهي هذا الرأي بالقول أن الكتابة فكرة واحدة. فما دام أن القانون لا يشرط شكلا خاصا لهذه الكتابة كشرط الكتابة بخط اليد، فإن الكتابة المتطلبة لصحة التصرف تكون بالضرورة كتلك المتطلبة كأداة للإثبات.

وفي مقابل هذا الاتجاه يرى فريق ثان من الفقه أنه ينبغي حصر مجال إعمال هذا التدخل التشريعي فيما ورد بشأنه، أي يجب أن يقتصر على مجال الإثبات. وقد استند أنصار هذا الرأي إلى ما ورد في الأعمال التحضيرية لمشروع القانون رقم 2000-230 المتعلق بإصلاح قانون الإثبات لتكنولوجيات المعلومات والتوقيع الإلكتروني، لا سيما ما ذكره هذا المشروع من أن تعريف الكتابة الوارد في المادة 1316 من القانون المدني لا يتعلق إلا بالكتابة كأداة للإثبات ويبقى دون أثر بالنسبة لصحة التصرف[(1)].

ونظرا للخلاف القائم بين فقهاء القانون حول هذه المسألة، فإن المشرع الفرنسي تدخل لحسم هذا الخلاف لصالح الرأي الأول باصداره مرسومين بتاريخ 2005/08/10، الأول يعدل ويتمم المرسوم المتعلق بنظام المحضرين القضائيين، والثاني يعدل ويتمم المرسوم المتعلق بالعقود المحررة من قبل الموثقين ، واللذان دخلا حيز التنفيذ في 2006/02/01. وقد سمح هذان القانونان بإمكانية إبرام العقود التي تتطلب الكتابة الرسمية

---

[1]) فراح مناني، العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 72.

كركن لانعقادها على دعامة الكترونية، على أن يتم إنشاء نظام لمعالجة إرسال البيانات معتمد من قبل الغرف الوطنية لهذه المهن[1].

حذا المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي بسن المادة 323 مكرر1 من القانون المدني ، المقابلة للمادة 1316 من القانون المدني الفرنسي، فأصبح تعريف الكتابة يشمل إلى جانب الكتابة على الورق الكتابة في الشكل الإلكتروني أي تلك المثبتة على دعامة إلكترونية، إذ تنص المادة 323 مكرر 1 :

" يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

يلاحظ أن هذا النص يتحدث عن الإثبات بالكتابة الإلكترونية فقط لذا توجه له نفس الانتقادات الموجهة للنص الفرنسي [2] ، إضافة إلى كون المشرع الجزائري يشترط لإبرام العقود التي تخضع للكتابة أن يشهد إبرامها الضابط العمومي وأن يوقعها ويختمها ، وهذا أمر لا يمكن للكتابة الإلكترونية أن تضمنه، لذا يمكن القول بعدم صلاحية هذا النص لاعتماده في إبرام العقود التي يشترط فيها الكتابة كركن لانعقادها، أما العقود التي تتطلب الكتابة العرفية فهي تكاد تكون منعدمة في القانون الجزائري.

يتضح مما سبق ذكره أن بعض التشريعات أوردت بعض الاستثناءات التي لا تكفي معها المحررات والسجلات الإلكترونية لتحقيق واستيفاء الشكلية المطلوبة قانونا. إلا أن البعض يرى أن تلك الاستثناءات لا مبرر لها لأن الكتابة الإلكترونية مسألة أقرتها غالبية التشريعات الحديثة بشأن المعاملات الإلكترونية، ومن ثم فإن إبرام العقود الإلكترونية لا يقتصر على نوع معين من العقود، بل يجوز إبرام كافة أنواع العقود إلكترونيا ولو كانت عقودا شكلية، لاسيما مع ظهور مهنة جديدة هي مهنة " الموثـــق الإلكتروني"

---

[1]) فراح مناني، العقد الإلكتروني، مرجع سابق ، ص 72.

[2]) المشرع الجزائري لم يتدخل بعد لحسم الخلاف كما فعل المشرع الفرنسي.

« notaire-électronique » وقد يكون هذا الوسيط شخصا طبيعيا أو اعتباريا . وتتركز الوظائف الأساسية للموثق الإلكتروني في إثبات مضمون المستندات والعقود الإلكترونية وتوثيقها [1].

المطلب الثاني

الإرادة في مرحلة التفاوض

إذا كان التعاقد فيما مضى يتم بطريقة سريعة تتناسب مع طبيعة المعاملات حيث كان أحد الطرفين يتوجه للطرف الآخر بإيجاب بسيط ثم ما يلبث هذا الأخير أن يقبل هذا الإيجاب فينعقد العقد وينتهي الأمر إلا أن هذا الحال قد تغير لأن هذه الطريقة التقليدية لم تعد تتناسب إلا مع العقود البسيطة. أما العقود المركبة أو المعقدة والتي أوجدتها الأساليب الحديثة والمتطورة في التعامل فلم تعد تتلاءم معها الآن[2] ، لكونها ترد على عمليات تتسم بالتركيب والتعقيدات الفنية والقانونية وتنطوي على قيمة اقتصادية ومخاطر جسيمة بالنسبة لأطرافها. لذا بات من الضروري أن تسبق إبرام هذه العقود مرحلة من المفاوضات الشاقة التي تستغرق الكثير من الوقت والجهد وتتطلب التخصص والدراسات [3] . لذا كانت هذه المرحلة من أهم المراحل التي يمر بها العقد الإلكتروني ، بل هي أكثرها خطورة على الإطلاق[4].

ينصرف وصف التفاوض الإلكتروني على التفاوض بصدد العقود التي ترد على محل إلكتروني مثل عقود الخدمات والمعلومات الإلكترونية، وينصرف الوصف كذلك إلى

---

1) اعتمد التوجيه الأوروبي رقم 93 " مقدم خدمة التوثيق " سنة 1999، وهو الشخص الذي يقوم باعتماد التوقيع الإلكتروني ويؤكد مدى ارتباطه بالمستندات التي ترد عليه ، أنظر : د/خالد ممدوح إبراهيم، ابرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 156.

2) بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص 88.

3) د/ محمد حسين منصور، المسؤولة الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 2006 ، ص 44.

4) د/ خالد ممدوح إبراهيم، ابرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص206.

أداة التفاوض الإلكتروني، حيث وفرت التكنولوجيا الحديثة وسائل اتصال مباشرة بالغة التقدم بفضل الأقمار الصناعية والألياف البصرية.[1]

تلعب إرادة الطرفين دورا هاما في تنظيم عملية التفاوض الإلكتروني ، خصوصا وأن الأنظمة القانونية المختلفة تكاد تخلو من أي تنظيم قانوني لهذه المرحلة، حيث تقوم إرادة الأطراف بتحديد الاتفاقات الأولية والنهائية السابقة على التعاقد [2]، إذ بمجرد دخول الطرفين في التفاوض يقعا تحت مظلة القانون، وتتكون بينهما علاقة قانونية تنشئ على عاتق كل منهما التزامات قانونية (الفرع الأول) ، فما هي الطبيعة القانونية لهذه الإلتزامات ، وما أثر الإخلال بها على صحة الإرادة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ماهية الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض

تتعدد التعريفات الخاصة بالتفاوض، فيرى البعض بأنه "تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية ، بل والإشارات القانونية التي تتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهم على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه"[3].

وعرفه جانب آخر من الفقه بأنه" التحاور والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة ما "[4].

وقد أجاز القانون الأمريكي للمعاملات التجارية الإلكترونية لسنة 1999 إجراء مفاوضات بالطرق الإلكترونية حينما عرف الأعمال التجارية في المادة 02 /02 منه

---

[1]) Christian LARROUMET, Droit civil, Les obligations, le contrat, Tome 3, Economica, Paris, 6ème édition, 2007, p81.

[2]) د/ محمد فواز محمد المطالعة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، عمان، 2006 ، ص 47 .

[3]) د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر وسائل الإتصال الحديثة، مرجع سابق ، ص 95.

[4]) المرجع نفسه ، ص 95.

بنصه:" هي تلك الأعمال التجارية التي تدار أو تتم بالكامل أو جزء منها بوسائل إلكترونية أو بالتسجيل الإلكتروني وهذه الأعمال تهدف إلى إبرام العقود أو الوفاء بالالتزامات الناشئة عن الصفقات التجارية"[1]

وقد رسخ هذا الإلتزام التوجيه الأوروبي رقم 97/07 بالنص على تزويد المستهلك بالمعلومات في وقت مناسب قبل إبرام أي عقد عن بعد ، ونص عليه كذلك قانون الإستهلاك الفرنسي لسنة 1993 في مادته 18-121 ، وهو قانون معدل بموجب المرسوم رقـــــم 2001/741 .[2]

تعتبر المفاوضات التي تسبق إبرام العقد في ذاتها عملية بالغة التعقيد تقوم على أسس ومبادئ علمية تتحكم فيها عوامل كثيرة ، فالتفاوض على العقد علم وفن، فهو لم يعد قائما على الجدل والنقاش الارتجالي، بل أصبح علما قائما بحد ذاته له أصوله وقواعده ومناهجه، فرغم كون الالتزام بتقديم المعلومات ذو نشأة قضائية، إلا أن معظم التشريعات الحديثة الخاصة بالمعاملات الإلكترونية قد رسخت هذا الالتزام على عائق المهني بهدف حماية المستهلك، والذي غالبا ما يتعامل مع سلع وخدمات جديدة عبر الوسائل الإلكترونية، مما قد يؤثر على إرادته ويجعلها غير واعية بما هو مقدم عليه. وعليه تكون إرادته معيبة لعدم توفر المعلومات الكافية حول موضوع العقد[3] . فما هي المعلومات التي يلتزم المهني بتقديمها للمستهلك ؟(أولا).

---

[1]) د/ خالد ممدوح إبراهيم ، ابرام العقد الإلكتروني ، مرجع لسابق، ص210.

[2]) محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 367 و 374.

[3]) Sophie DRUFFIN-BRICCA, Laurence Caroline HENRY, Anna Droit LMD 2008, Droit des Obligations, Gualino, Paris, 2008, P22 et 23.

إن التفاوض فن يحتاج إلى موهبة خاصة وقرارات ذاتية يتمتع بها المفاوض بحيث تجعله خبيرا بتقنيات التفاوض، وذلك عن طريق التحديد المسبق لأهدافه ومقاصده من العملية التفاوضية [1] ، ومن هنا تتجلى أهمية التفاوض (ثانيا).

رغم أهمية التفاوض وما له من دور هام وفعال في الإعداد للعقد، إلا أن التقنينات الحديثة قد خلت من أي نص ينظم هذه المرحلة ، تاركة هذه المهمة للدراسات الفقهية وتقدير القضاء، وأمام هذا الفراغ التشريعي بذل العديد من الفقهاء جهودا مضنية في محاولة إيجاد الأساس القانوني لهذه المرحلة[2](ثالثا) .

أولا: مضمون الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض:

إن تقديم المعلومات في مرحلة التفاوض إلتزام ملقى على عاتق المهني في العقود التي تبرم مع المستهلكين كعقود البيع أو تقديم الخدمات، حيث يلزم المهني بتقديم المعلومات الضرورية للمستهلك حول الشيء المبيع، كي تسمح له بالتعاقد عن وعي ودراية بمحل التعاقد ، مما يؤدي إلى تحقيق التوازن العقدي بين الطرفين.[3]

نشأ الالتزام بتقديم معلومات بمفهومه الحديث على يد القضاء الفرنسي الذي استنبطه من تفسير إرادة المتعاقدين قصد توفير حماية أكبر للمستهلك [4] . وقد تبنت التشريعات الحديثة هذا الالتزام حسب طبيعة العقد المبرم وحسب المتعاقدين أنفسهم ومدى توفّر المعلومات لديهم من تشريع لآخر. فهناك تشريعات وسعت من نطاق هذه المعلومات لتشمل الضرورية منها والتفصيلية، في حين إكتفت تشريعات أخرى بضرورة الإدلاء بالمعلومات الضرورية فقط . لكن السؤال المطروح هو ما معيار تحديد أهمية المعلومة

---

[3]) بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر الأنترنت ، المرجع السابق، ص 98.

[2]) المرجع نفسه ، ص 208.

[3]) Corinne MASCALA, Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Droit civil, Les contrats civils et commerciaux, L.G.D.J, Paris, 5ème édition, (S.A.E), p 50.

[4]) COLLARL et DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux, Recueil Dalloz, n°211, 1996, p179 et 180.

بالنسبة للمتعاقد ؟ وبعبارة أخرى كيف نحدد أن واقعة معينة تشكل أهمية للمتعاقد بحيث أنه لو علم بها لما أبرم العقد ؟

1/ معيار تحديد أهمية المعلومة :

لم تحدد التشريعات التقليدية ضابطا أو معيارا لتحديد أهمية المعلومة. ففي حالة حدوث نزاع بين الطرفين لابد من اللجوء إلى القضاء، ويقع على المتعاقد المتضرر عبء إثبات أهمية هذه المعلومات بالنسبة له ومدى تأثير العلم بها على قراره ، وبذلك تبقى السلطة التقديرية للقاضي في تحديد مدى أهمية هذه المعلومة واعتبارها ضرورية أم لا، حسب ظروف التعاقد والأطراف المتعاقدة.[1]

لم يكن لهذا الالتزام أهمية بالغة في العقود التقليدية نظرا لتميز هذه الأخيرة بالالتقاء المباشر بين المتعاقدين وإمكانية حصول كل طرف على المعلومات التي يريدها لتكون إرادته سليمة خالية من العيوب، إلا أنه ومع انتشار التجارة الإلكترونية واستخدام الوسائل الإلكترونية للتعاقد، أصبح الالتقاء المباشر للطرفين غير محقق وأصبحت المعلومات تقدم على شكل عقود نموذجية من طرف البائع، وما على المستهلك إلا قبولها كما هي أو رفضها دون مناقشتها[2].

إن ظهور المنتوجات حديثة الابتكار، لاسيما الخطرة منها، أدى إلى توسيع مفهوم المعلومات الواجب تقديمها للمستهلك، فظهر ما يعرف بالالتزام بالنصح والتحذير « Conseil et mise a garde » أو النصح والإرشاد[3].

وقد تشدد القضاء في هذا الإلتزام بالنسبة للمحترف في مواجهة عدم خبرة المستهلك وعدم علمه بالتفاصيل الفنية وبالأشياء التي تنطوي على مخاطر تهدد أمن

---

[1]) Muriel FABRE- MAGNAN, De l’obligation d’information dans les contrats, E.J.A, Paris, 1992, p189.

[2]) أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص3.

[3]) Corinne MASCALA, Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Droit civil, les contrats civils et commerciaux, op.cit, p50.

وسلامة الشخص سواء بطبيعتها كالمواد المتفجرة أو بسبب دقة تشغيلها مثل الآلات الميكانيكية[1] ، لذا تدخلت التشريعات الحديثة لحماية الطرف الضعيف وهو المستهلك .

2/ تدخل المشرع لتوسيع الإلتزام بالإعلام:

تدخل المشرع الفرنسي لتوسيع مضمون هذا الالتزام بوضعه المادة 111 /1 من القانون رقم 960 -92 الصادر في 18 جانفي 1992 الخاص بحماية المستهلك[2] والتي تنص :" يتوجب على كل بائع مهني أن يضع المستهلك قبل إبرام العقد أمام علم واف حول المواصفات والخصائص الرئيسية للأموال والخدمات موضوع البيع " ، كما ألزم هذا القانون البائع في المادة 113 /3 منه بالإفصاح عن الثمن وشروط البيع، وفي المادة 121 /18 ألزمه بضرورة تحديد المؤسسة صاحبة العرض وتحديد هويتها، وعنوانها، وأرقام هواتفها وعنوان مركزها الرئيسي[3].

أما التوجيه الأروبي رقم 97/7 الصادر في97/05/20 الخاص بحماية المستهلك في العقود التي تبرم عن بعد، فقد حررت المادة الرابعة منه جميع المعلومات الواجب تقديمها للمستهلك من طرف المورد في وقت مناسب سابق للتعاقد وهي:

1- تحديد هوية المورد وعنوانه.

2- تحديد الخصائص الرسمية للبضاعة أو الخدمات موضوع العقد.

3- تحديد ثمن البضائع والخدمات شاملا جميع الضرائب ونفقات التسليم وطرق دفعها.

4- تحديد حق العدول الذي يمنح للمستهلك وعن آليات وقواعد ممارسة هذا الحق.

5- تحديد تكلفة وسيلة الاتصال المستخدمة في عمليات التسليم.

---

[1]) د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية ، مرجع سابق، ص 49.

[2]) Sophie DRUFFIN-BRICCA, Laurence Caroline HENRY, Anna Droit LMD 2008, Droit des obligations, op.cit, p31.

[3]) ممدوح محمد حيزي المسلمي، مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الانترنت في القانون المدني(دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية، القاهرة ، (د تا) ، ص 37 .

6-تحديد مدة صلاحية العرض أو الفترة الدنيا التي يمكن إبرام العقد خلالها.[1]

ساير هذا الاتجاه المشرع التونسي في قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية ،وقد نص في الفصل الخامس والعشرين منه :" يجب على البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية: "تحديد هوية البائع،ومراحل تنفيذ المعاملة، وخصائص المنتوج، والثمن والضمانات والتسليم وإمكانية العدول عن الشراء." [2].

لم يساير المشرع المصري هذا الاتجاه في سنه لمشروع قانون التجارة الإلكتروني، بل اكتفى بإلزام المهني بذكر البيانات الهامة في الإعلان عن السلع أو الخدمات بشكل يضمن حق المستهلك في التعرف بشكل واضح على بيانات وأوصاف السلع والخدمات محل المعاملة الإلكترونية حتى يستطيع أن يتخذ قراره على بينة وبصيرة .

يلاحظ أن المشرع تدخل في عدة قوانين لتنظيم مرحلة التفاوض نظرا للأهمية التي يكتسيها واجب الإعلام والتبصير والتعاون الذي يقع على طرفي العقد في هذه المرحلة .

ثانيا: أهمية الالتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض:

تبرز أهمية مرحلة المفاوضات خاصة في العقود الدولية أو المركبة، والتي تمر بمراحل معقدة وشائكة من خلال تطرقها لأغلب الأمور التعاقدية، سواء كانت فنية أو مالية أو أي جزئية من جزيئات العقد بهدف الحفاظ على سلامة المرحلة التعاقدية من أي خلل ممكن الحدوث[3].

---

[1]) محمد سعيد أحمد إسماعيل ، مرجع سابق، ص 368.

[2]) د/ ناصر حمودي ، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت (رسالة دكتوراه) ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2009، ص 123.

[3]) د/ محمد فواز محمد المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، مرجع سابق ، ص 47 .

لقد أدت أهمية هذه المفاوضات إلى قيام أطراف التفاوض في أغلب الحالات إلى إبرام اتفاقات تعاقدية ملزمة خلال هذه المرحلة للحفاظ على صحة سير عملية التفاوض وتحديد مسؤولية أطراف المفاوضات. فمتى تم توثيق الإرادة في هذه المرحلة، فإن أي إخلال بها يؤدي إلى تطبيق أحكام المسؤولية العقدية وليس التقصيرية ، باعتبار أن هذه المرحلة تدخل في مراحل التعاقد بالرغم من كونها سابقة لإبرامه[1].

لا شك أن أهمية التفاوض تظهر أكثر في حالة عدم توثيق الإرادة في هذه المرحلة، إذ رغم اتساع الوسائل الإلكترونية بالسرعة وتوفر مشقات الانتقال ونفقات السفر، إلا أنها لا تسمح بالتعرف على الطرف الآخر بشكل كامل، ولا توفر نفس الثقة في حالة التفاوض وجها لوجه[2] . لهذا هناك من يرى[3]واجب اقتصار التعاقد الإلكتروني على الصفقات البسيطة ، وتلك التي يوجد تعارف سابق بين أطرافها أو تعاملات تجارية فيما بينهم ، لكن الأغلبية ترى أن مرحلة التفاوض جاءت لتذليل الصعوبات التي تتمثل في التعقيدات القانونية والفنية أمام طرفي العقد للحد من المخاطر الجسيمة التي قد تواجه إتمامه وإبرامه. فمن أساسيات العقود الإلكترونية القيام بالمفاوضات التي تستغرق الوقت والجهد والتخصص في الدراسة للحد من هذه الإشكالات وللتفاوض أهمية قبل إبرام العقد وبعد إبرامه .

1/ أهمية الإلتزام بالإعلام قبل إبرام العقد: تكمن أهمية الإلتزام بالإعلام قبل إبرام العقد في التعرف على الجوانب العملية للتعاقد ، وتحديد المسؤولية في حالة قطع المفاوضات.

---

[1]) Sophie DRUFFIN-BRICCA, Laurence Caroline HENRY, Anna Droit LMD 2008, Droit des obligations, op.cit, p28-29.

[2]) د/محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق ، ص 45.

[3]) المرجع نفسه ، ص 45 .

أ/ التعرف على الجوانب العملية للتعاقد:

تبرم العقود الإلكترونية عن بعد، مما يثير القلق والغموض وعدم التيقن بالنسبة للجوانب العملية التعاقدية فيما يتعلق بالتأكد من شخصية المتعاقد إن كان هو المقصود أو لا، وموقفه القانوني والفني، والبحث والتيقن من أهليته القانونية[1].

تسمح مرحلة التفاوض بالإجابة على الكثير من التساؤلات والتحفظات حول طبيعة المحل، والضمانات التي يتم تقديمها لتحقيق الغاية من التعاقد، وطرق الوفاء بالالتزامات، سواء تم التأكد من الجوانب الفنية الدقيقة من خلال عمليات الفحص إلى التجربة أو الاستعانة بأهل الخبرة في بعض الأحيان[2] .

ينبغي الإشارة إلى أن هذه الأهمية لا ترد في أنواع معينة من العقود وهي عقود الإذعان، والتي تفرغ في نماذج معينة معدة مسبقا وتتضمن شروطا عامة لا تقبل المناقشة من قبل المتعامل، مثل عقود الخدمات الالكترونية والمعلوماتية والاشتراك في الفضائيات.[3]

تثير مرحلة المفاوضات عدة تساؤلات حول تأكد المستخدم من حقيقة وجود الموقع أو البضاعة أو الخدمة، ومشروعية ما يقدم في الموقع من حيث ملكية مواده ذات الطبيعة المعنوية (مشكلات الملكية الفكرية) وتحديات حماية المستهلك من أنشطة الاحتيال على الخط ومن المواقع الوهمية أو المحتوى غير المشروع والخدمات والمنتجات المعروضة، وأخيرا الضرائب المقررة على عائدات التجارة الإلكترونية عبر الخط ومعايير حسابها ومدى اعتبارها قيدا مانعا وحادا من ازدهار التجارة الإلكترونية[4].

---

[1]) محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ,المرجع السابق ص 48.

[2]) المرجع نفسه، ص 48.

[3]) د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة ، المرجع السابق، ص 98.

[4]) د/ محمد البنان، " العقود الالكترونية "، العقود والاتفاقات في التجارة الإلكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، 2007، ص34.

غالبا ما تكون العبرة بما جاء في العقد دون ما جاء في المفاوضات السابقة على انعقاده، فإذا لم تؤد المفاوضات إلى الوصول إلى عملية التعاقد فإنه لا يترتب على قطع المفاوضات أية مسؤولية إلا إذا توافرت شروط المسؤولية القصيرية[1] . وقد ذهبت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية إلى أن معيار تحديد المسؤولية عن قطع المفاوضات هو سوء النية وأن نية الإضرار هي مصدر المسؤولية[2].

ب/ المسؤولية الناتجة عن قطع المفاوضات:

الأصل أن المفاوضات ليست إلا عملا ماديا لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية ، أو يطالب ببيان المبرر لعدوله إلا إذا اقترن به خطأ تحقق معه المسؤولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض، على أن يثبت هذا الأخير هذا الخطأ[3]. إلا أن جانب من الفقه يذهب إلى وجوب التأكيد على أن المفاوضات جزء لا يتجزأ من العقد النهائي باعتبارها شرطا أساسيا لإبرام العقد لا مجرد مرحلة سابقة تخضع لاجتهادات وتقلبات الأطراف[4] ، فإستثناءا للتشريعات التي تتجاهل مرحلة التفاوض ، فإن بعض التقنينات الحديثة قد أشارت صراحة إلى إلزامية هذه المرحلة منها القانون المدني الإيطالي،والقانون اليوناني، وقانون العقد اليوغوسلافي ، وقانون الموجبات والعقود اللبناني[5] .

---

[1]) تتمثل شروط المسؤولية التقصيرية في القانون المدني الجزائري في :الضرر، والخطأ والعلاقة السببية.

[2]) د/نضال إسماعيل برهم ، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 32.

[3]) وضع المشرع الإنجليزي على المتعاقد في مرحلة التعاقد إلتزاما واحدا فقط هو "عدم الكذب" في حين منح له الحرية في وضع حد للتفاوض بدون أية مسؤولية ، أنظر : Anne BESSONNET, Philippe Edouard LAMY Contrat d'affaires internationaux, Pearson, Paris, 2005, p18.

[4]) د/ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص 123 .

[5]) د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق، ص 208.

إن مبدأ إلزامية مرحلة التفاوض يمكن تطبيقه على مرحلة التفاوض الإلكتروني باعتبار أن هذه المرحلة عبارة عن اتفاقات متلاحقة عن طريق خطابات النوايا الإلكترونية المتبادلة بين الأطراف، أو عن طريق رسائل البريد الإلكتروني إذا نص فيها أطرافها على أنها ملزمة .

لقد أخذ القانون الألماني بإلزامية مرحلة التفاوض بناءا على نظرية الفقيه الألماني"إهرنج" Ihring » ، والتي تنص على أنه إذا أخفق الطرفان في التوصل إلى إبرام العقد النهائي لسبب يرجع إلى أحد طرفيه كان هذا الطرف مسؤولا عن ذلك مسؤولية عقدية تطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية [(1)] .

2/ أهمية الإلتزام بالإعلام بعد إبرام العقد : يكتسي الإلتزام بتقديم معلومات بعد إبرام العقد دورا لا يستهان به سواء في تفسير العقد أو في حل النزاعات التي يمكن أن تثار بين أطراف العقد .

أ/ دور المفاوضات في تفسير العقد:

يعتبر مبدأ سلطان الإرادة نتاج المذاهب الفلسفية الفردية التي نادت بأن يترك القانون الإرادة الفردية تنظم المعاملات في المجتمع دون أي تدخل منه[(2)] ، فمبدأ الرضائية لا يزال يسود العقود الالكترونية على اختلاف أنواعها، وأن حرية الأطراف المتعاقدة لم تتواضع لتكون مجرد الموافقة على الشروط المعدة سلفا[(3)].

---

[1]) د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية ، مرجع سابق ، ص 53.

[2]) د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 212.

[3]) إلياس بن ساسي، "التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به" ، مجلة الباحث ، ، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة ورقلة ، العدد الثاني، 2003، ص 61.

وفقا لمبدأ سلطان الإرادة، تكفي الإرادة لإنشاء العقد، وهذا الأخير يستمد قوته الملزمة من الإرادة التي يعبر عنها وليس من القانون[1] ، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 106 من القانون المدني الجزائري :" العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"[2].

وقد ترتب على مبدأ سلطان الإرادة ظهور مبدأ مؤداه أن: " كل شيء قابل للتفاوض"، وقد نصت المادة 02- 15 من مبادئ عقود التجارة الدولية UNIDROIT الصادرة عن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص :" لكل طرف حرية التفاوض"[3] .

الأصل أن تسود الحرية في المفاوضات التي تسبق إبرام العقد النهائي وهذا ما يعني أن المفاوضات هي المعبرة عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ويعتبر هذا مرجعا هاما لتفسير العقد في حالة غموض شروط العقد.

وهذه الأهمية ليست بحاجة إلى نص قانوني يدل عليها، لأنه لا يترتب عليها أية آثار قانونية إلا إذا اقترن العدول عنها بخطأ نتج عن عذر غير مقبول[4] ، فيضطر القاضي في هذه الحالة للاستئناس بالمفاوضات كقرينة قضائية أو كظرف من الظروف الواقعية التي تحيط العقد [5].

ورجوعا إلى القواعد العامة في نطاق البحث عن الإرادة ودورها في إحداث الآثار القانونية، فإن سلطة القاضي التقديرية تضيق وتتسع وتتراوح بين التقدير الموضوعي

---

[1]) تنص المادة 1134 من التقنين المدني الفرنسي على أنه:" الاتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانـــــون بالنسبة لمبرميها "، راجع: د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 43-44

[2]) تقابلها المادة 147 من القانون المدني المصري .

[3])د/ خالد ممدوح إبراهيم، ابرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص 212.

[4]) Mustapha El-GHARBI," Justice contractuelle et liberté de la volonté, un rapport problématique", <u>revue de la recherche juridique, Droit prospectif,</u> N° 01, 2005, P.U.A.M, Marseille, p 172.

[5])د/ عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري، مرجع سابق، ص 91.

والتقدير الشخصي بحسب النظرة التي يعتنقها القانون للإرادة ، وما إذا كانت العبرة بالإرادة الظاهرة أو الباطنة، والدليل على اتساع سلطة القاضي التقديرية في نطاق الأخذ بنظرية الإرادة الباطنة يرجع إلى أن هذه الأخيرة تبحث عن الإرادة الباطنة فيما ينطوي عليها النفس. أما مظهر الإرادة فليس إلا قرينة عليها تقبل إثبات العكس. فإذا قام دليل من جهة أخرى على أن الإرادة الظاهرة لا تتفق مع الإرادة الباطنة ن فالعبرة بهذه لا بتلك[1].

من المفروض أتلا يكون للإرادة الباطنة أي أثر في القانون، فهي شيء كامن في النفس، والإرادة التي تنتج أثرا هي الإرادة في مظهرها الاجتماعي، ولا تأخذ الإرادة هذا المظهر إلا عند الإفصاح عنها. والحكمة في ذلك أن القانون ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية، والإرادة الباطنة لا وجود لها إلا في العالم النفسي ، فإذا أريد أن يكون لها وجود في العالم الاجتماعي وجب أن تتجسد في المظهر المادي لها[2] .

بناء على ما سبق ذكره، فإن القاضي عند تفسير العقد يرجع إلى مرحلة المفاوضات ويتحرى عن إرادة الطرفين فيها، فإن كانت إرادتهما ظاهرة فيها فلا مجال لأن يتحسس الإرادة الداخلية لهما بل يقف عند المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة، فيفسرها تفسيرا اجتماعيا لا نفسيا ،مستندا في ذلك إلى العرف الجاري وإلى المألوف في التعامل[3].

ب/ أهمية الإلتزام في حل النزاعات:

لا شك أن أهمية التفاوض تبدو في كونه وسيلة للتفاهم وتقريب وجهات النظر بين الأطراف، حيث يلعب التفاوض دورا وقائيا بالنسبة لمرحلة إبرام العقد والحد من أسباب النزاع في المستقبل ، خصوصا في العقود التجارية والصناعية التي يمتد تنفيذها لفترة

---

[1]) د/ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية تطبيقية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 242.

[2])د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق، ص 94.

[3])د/ نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية ... ، مرجع سابق، ص 243.

زمنية طويلة، فهي الوسيلة اللازمة لتحقيق التوازن في الحقوق والالتزامات المتبادلة بين الطرفين[(1)] ، لاسيما في حالة تفسير الظروف الاقتصادية المحيطة بالعقد .

إن تنفيذ العقود طويلة الأمد قد يخل بتوازن العلاقات العقدية ويجعل من تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه مرهقا للمدين، لذا يحرص الطرفان على إدراج شرط يلتزم بمقتضاه كلاهما بالتفاوض حول كيفية التغلب على هذه الصعوبات، ويطلق على هذا الشرط "شرط إعادة التفاوض" أو" شرط إعادة التوازن العقدي" ، ويدرج هذا الشرط عادة في مضمون العقد أو في اتفاق مستقل ليتماشى العقد والظروف التي قد تطرأ عليه في المستقبل بارتفاع الأسعار أو تغيير التعريفة الجمركية ، صدور قانون يمنع الاستيراد أو التصدير أو يعدل من شروطهما[(2)].

رغم الأهمية القصوى للتفاوض لا سيما في العقود الإلكترونية، إلا أن معظم القوانين المدنية الحديثة لم تتضمن نصا خاصا ينظم هذه المرحلة وإنما تركت هذه المهمة لاجتهاد الفقه والقضاء [(3)] ، واللذان إجتهدا في إبراز هذه الأهمية، إلا أنهما اختلفا في تحديد الأساس القانوني لهذا الإلتزام .

<u>ثالثا: الأساس القانوني للإلتزام بالإعلام:</u>

نظرا لحداثة الالتزام بتقديم المعلومات في مرحلة التفاوض فإن الفقه والقضاء لم يتفقا على تحديد أساسه القانوني، وحتى فقهاء القانون نفسهم لم يتفقوا على مصدر واحد لهذا الالتزام، ويمكن تقسيم المصادر التي تبناها هؤلاء إلى أسس تشريعية ومبادئ قانونية .

<u>1/ التشريع كأساس للإلتزام بالإعلام :</u> إنقسم جانب من الفقهاء في تحديد الأساس التشريعي للإلتزام قبل التعاقدي بتقديم معلومات إلى قسمين، أحدهما يعتبر التشريعات

---

[1]) د/محمد علي جواد، العقود الدولية (مفاوضاتها، إبرامها وتنفيذها)، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،(د تا)، ص 24.

[2]) د/ خالد ممدوح إبراهيم، ابرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق، ص 211.

[3]) Jean- André ALBERTINI," Les mots qui vous engagent", <u>Recueil Dalloz</u>, N°4, 2004, p230, Voir aussi : www.Dalloz.fr.

الخاصة كأساس قانوني لهذا الإلتزام، والثاني يستند إلى عيوب الإرادة المنصوص عليها في القواعد العامة .

أ/ التشريعات الخاصة كمصدر للإلتزام بالإعلام:

يرى أنصار الإتجاه الذي تبنى القانون الخاص كمصدر للإلتزام بالإعلام أن الالتزام الملقي على عاتق المهني بتقديم المعلومات للمستهلك مصدره القوانين الخاصة، سواء تلك الخاصة بحماية المستهلك، أو تلك المنظمة لبعض العقود الخاصة. فهو إذا التزام قانوني ينتج عن مخالفته مسؤولية تقصيرية على عاتق العميل.

يستدل أنصار هذا الرأي بالنصوص القانونية التي تلزم البائع صراحة أو ضمنيا بإعلام المشتري بكل مواصفات وخصائص المبيع(1) ، ومنها المادة 419 من القانون المدني المصري ، والمادة 466 من القانون المدني الأردني، والمادة 468 من القانون المدني الكويتي، والمادة 352 من القانون المدني الجزائري.

ويضيف هؤلاء أن القوانين الحديثة الخاصة بحماية المستهلك، أو تلك التي تنظم المعاملات الإلكترونية، نصت صراحة على هذا الالتزام وتلقيه على عاتق المهني، مستدلين بما ورد في التوجيه الأوروبي رقم 97/7 الخاص بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد ، وكذا التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية التي تتضمن أحكاما مشابهة ، فضلا عن إلزام المهنيين بضرورة إطلاع المستهلك على خطوات إبرام العقد وكيفية تصحيح الأخطاء قبل إتمامه(2).

---

1) جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المعيبة، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1995، ص299.

2) راجع المادتين 10 و 11 من التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية :

(Http :// www.legislation.h/ m so.gov.UK/Si/Si 2002/20022013, htm)

ب/ الالتزام بضمان العيوب الخفية كأساس للالتزام بتقديم المعلومات:

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يستحيل على المشترى في العقود الإلكترونية معرفة مواصفات المبيع وكافة بياناته من تلقاء نفسه، لذا يقع على البائع الالتزام بإعلامه بكل هذه البيانات على أساس أنه ملزم بضمان العيوب الخفية. فالعيب يكون خفيا إذا لم يصرح به البائع قبل إبرام العقد.

وقد لقي هذا الرأي انتقادا لاذعا يتضمن رفض فكرة تأسيس الالتزام بتقديم المعلومات على مبدأ ضمان العيوب الخفية[1] ، لكون هذا الأخير التزاما قانونيا مصدره نصوص تشريعية تؤدي إلى قيام مسؤولية البائع في مرحلة التعاقد، بينما الإلتزام بتقديم معلومات سابقة على التعاقد يؤدي إلى قيام مسؤولية البائع لمجرد سكوته عن إعلام المشتري بواقعة لو علم بها هذا الأخير لما أبرم العقد ، حتى ولو كان الأمر لا يتعلق بعيوب ظاهرة أو خفية.

إذا الالتزام بضمان العيوب الخفية لا يعتبر أساس الالتزام بتقديم المعلومات وهذا ما جعل جانب اخر من الفقه يتجه إلى تبني نظرية عيوب الرضى.

2/ المبادئ القانونية كأساس للإلتزام : في غياب تشريعات خاصة تنظم مرحلة التفاوض في العقود الإلكترونية في معظم الدول، فإن جانب آخر من الفقه يرى أن الأساس القانوني لهذا الإلتزام هي المبادئ القانونية .

أ/ مبدأ سلامة العقود والتوازن العقدي كمصدر للالتزام بالإعلام:

هناك من يرى أن مصدر الالتزام بتقديم المعلومات في مرحلة التفاوض هو مبدأ سلامة العقود[2] ، مستندين في ذلك إلى ضرورة توفر هذا الالتزام لضمان التوازن العقدي

---

[1]) نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاتها على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 132.

[2]) أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي ، مرجع سابق، ص 105.

بين طرفي العقد في ظل عدم المساواة بين المتعاقدين في مسألة العلم بموضوع العقد المزمع إبرامه، فلكي يكون العقد متوازنا يجب إطلاع الطرف الآخر على كل المعلومات الضرورية لإبرام العقد[1].

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أنه وإن كانت حالة عدم التوازن بين أطراف العقد في ازدياد بسبب التقدم العلمي المستمر، والذي أدى إلى ظهور العديد من المنتجات المعقدة والخطرة على سلامة المستهلك - الشيء الذي يزيد من أهمية وجود مثل هذا الالتزام- إلا أن هذا لا يشكل أساسا لظهور هذا الالتزام ، بل لا يعدو أن يكون مبررا لذلك.[2]

ب/ نظرية عيوب الرضى كأساس للالتزام بتقديم المعلومات:

استند أصحاب هذا الرأي إلى كون الإخلال بالالتزام بتقديم المعلومات قبل التعاقد عادة ما يترتب عليه عيب في الإرادة خاصة في حالتي الغلط والتغرير. وما دام أن التشريعات الحديثة اعتبرت مجرد السكوت أو كتمان المعلومات من أحد المتعاقدين كتغرير (تدليس)، فإنه يمكن اعتبار نظرية عيوب الرضى أساسا للالتزام بتقديم المعلومات قبل التعاقد[3] .

وبناءا على نظرية عيوب الرضى، رتبت التشريعات المختلفة جزاء على كتمان المعلومات، واعتبرته تغريرا ينتج عنه فسخ العقد بطلب من المتعاقد المغرور، وهذا ما يلقي على عاتق المتعاقد التزاما بتقديم المعلومات.

---

[1]) نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2000 ، ص 137.

[2]) محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص 95.

[3]) j.Pierre PIZZI، La protection des consommateurs par le droit commun des obligations, R.T.D , Paris ,1998, p 62.

وقد ساير هذا الرأي القضاء الفرنسي [1] ، إلا أن ذلك لم يدم طويلا بسبب الانتقادات التي وجهت له باعتبار أن نظرية عيوب الرضى تطبق في حالة وقوع أحد المتعاقدين في غبن فاحش ناتج عن إكراه أو غلط أو تدليس تسبب فيه المتعاقد الآخر أو علم به أو كان بإمكانه أن يعلمه، وأنه لا يمكن أن يتمسك بهذا العيب إلا بعد نشوء العقد، في حين أن الالتزام بتقديم المعلومات ينشأ وينقضي قبل انعقاد العقد. وقد لا يسفر عن انعقاد العقد كما لو قام موقع ما بتقديم كل المعلومات الخاصة بمنتوج ما وتم الاطلاع عليه من طرف أحد زوار الموقع ، إلا أن المطلع لم يرغب في إبرام العقد، فهل يعتبر الالتزام الذي قام به الموقع بتقديم كل المعلومات عن المنتوج ناتجا عن نظرية عيوب الرضا؟ فلا وجود للعقد في هذه الحالة ، فالالتزامين مختلفين من حيث المصدر والاتساع رغم اتفاقهما من حيث الغرض، وهو ضمان صحة وسلامة رضى المتعاقد[2] . وعلى هذا الأساس تم استبعاد نظرية عيوب الرضى واستبدلت بمبدأ حسن النية.

ج/ مبدأ حسن النية كأساس للإلتزام بتقديم المعلومات:

بعد استبعاد كل الأسس التي سبق تبنيها سابقا لعدم جديتها، وأمام خلو التقنينات المدنية الحديثة من نصوص تنظم مرحلة التفاوض ، إستقر جانب كبير من الفقه والقضاء على تبني مبدأ حسن النية كأساس للالتزام بتقديم المعلومات قبل التعاقد[3]، لما يتضمنه هذا المبدأ من التزامات على المتعاقدين بهدف توفير الأمانة والثقة بينهما [4] . فمن باب الأمانة والثقة بين المتعاقدين أن يدلي البائع للمشتري عند إبرام العقد بكل المواصفات والمعلومات

---

1) جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية أن "إخفاء البيانات الهامة يعد تدليسا طالما أنه كان محددا لرضاء المتعاقد الآخر ومثيرا لغلط دفع به إلى إبرام العقد الذي ما كان ليبرمه لولا وقوعه في هذا الغلط". راجع : حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسوب الآلي(دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 162.

2) محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، المرجع السابق، ص 38.

3) ممدوح محمد خيري المسلمي، مشكلات البيع الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص 33.

4) د/ محمد حسين منصور، المسؤولية التعاقدية ، مرجع سابق، ص47.

الضرورية عن المبيع ، وأن أي كتمان لمثل هذه المعلومات يدل على سوء نية البائع ، لا سيما إذا كان يعلم أو يظن أن هذه المعلومات قد تؤثر على رضى المشتري.[1]

لقد كرس المشرع الفرنسي مبدأ حسن النية في نص المادة 3/1134 من القانون المدني الفرنسي، وسايره القضاء الفرنسي في معظم قراراته، وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن امتناع متعهد ببيع شقق عن إعلام المشترى بالأخطاء التي وقع فيها المهندس – الشيء الذي دفعه إلى سد نافذتين في البناء - يشكل خرقا للالتزام بتقديم المعلومات ولمبدأ تنفيذ العقود وفقا لمبدأ حسن النية[2].

كما استدل هذا الرأي بتوجه معظم التشريعات إلى تبني النية المشتركة للمتعاقدين في تفسير العقود، مع مراعاة طبيعة التعامل بما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاملين وفقا للعرف الجاري في المعاملات.

يستخلص أنه رغم اختلاف الفقه والقضاء حول مصدر الالتزام بتقديم المعلومات في مرحلة التفاوض في العقود الإلكترونية، إلا أن هذا الخلاف يتلاشى في حالة وجود قانون [3] يلزم الطرفين بتقديم المعلومات ، وفي حالة عدم وجود هذا القانون يرجح مبدأ حسن النية، والذي يمتد إلى مرحلة إبرام العقد حتى التنفيذ.

---

[1]) قررت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2006/07/11 إبطال عقد بيع عتاد الإعلام الآلي (Progiciel) بسبب عدم تنفيذ البائع لإلتزامه بإعلام ونصح المشتري عن العتاد محل البيع ، راجع في ذلك :

X .DELPECH," Contrat, responsabilité, assurance", Recueil Dalloz, N° 40, 2006, p2788.

[2]) مصطفى العوجي، القانون المدني (العقد) ، الجزء الأول، مؤسسة بحسون للنشر والتوزيع، بيروت، 1995 ، ص 174.

[3]) يستفاد من مطلع الفصل 25 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي وجود مرحلة سابقة على التعاقد حينما اشترط على البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد مجموعة من المعلومات. راجع في ذلك :د/ ناصر حمودي ،النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني ...، مرجع سابق ، ص 123.

رغم الاختلاف حول مصدر الالتزام بتقديم المعلومات في مرحلة التفاوض، إلا أن الفقه والقضاء قد اتفقا أن هذا الالتزام ذو علاقة وطيدة بإرادة الأطراف ، فما الطبيعة القانونية لهذا الالتزام ، وما تأثيره على صحة الرضى في العقود الإلكترونية ؟

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للإلتزام بالإعلام وأثر الإخلال به

إن ما طرأ على العالم من تقدم علمي وما رافقه من تطور في حقل الإنتاج الزراعي والصناعي والتجاري وكذا على الصعيد المالي والاقتصادي ، فضلا عن التفاوت بين البشر من ناحية العلم والمعرفة والدراية بالأمور الدنياوية والمعاملات لأجل إشباع الرغبات المتزايدة، أدى إلى فرض مبدأ حسن النية بهدف الوصول إلى رضى سليم من العيوب[1] .

إن مبدأ حسن النية يفرض أن تكون المعلومات المقدمة للمستهلك صحيحة لأن رضى هذا الأخير صادر بناء على ما تلقاه من معلومات، فيكون قبوله نابعا من إرادة جادة واعية. لكن السؤال المطروح هو هل أن صدور إرادة واعية من طرف المستهلك تلزم المتعاقد الآخر بتقديم معلومات تحقق النتائج المبتغاة أي صدور إرادة غير معيبة ؟ أم يكفي تقديم معلومات معقولة عن المنتج دون ضرورة تحقيق هذه النتيجة؟

إن الإجابة على هذا السؤال يقتضي دراسة الطبيعة القانونية للالتزام بتقديم المعلومات (أولا) ، وما مدى تأثير هذا الالتزام على صحة الرضى (ثانيا).

أولا: الطبيعة القانونية للالتزام بالإعلام:

إن الطبيعة القانونية للالتزام بتقديم المعلومات في مرحلة ما قبل التعاقد تقتضي البحث عن مدى اعتبار هذا الالتزام التزاما بتحقيق نتيجه وهي الحصول على رضى غير

---

[1])عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2006، ص7.

معيب للمتعاقد الثاني ، أم مجرد التزام ببذل عناية في إعطاء معلومات معقولة ملائمة، حتى لو لم تتحقق النتيجة المتمثلة في الحصول على رضى صحيح للمتعاقد الثاني؟.

إختلف الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية لهذا الإلتزام، ولكل رأي حججه ومبرراته.

1/ إلتزام بتحقيق نتيجة:

يرى جانب من الفقه أن الالتزام الملقى على المهني هو التزام بتحقيق نتيجة.[1] يستند أنصار هذا الاتجاه إلى أن الالتزام بتقديم المعلومات لا يتحقق إلا بالكلام أو الكتابة، ولا يتحقق بالسكوت أو الكتمان، لذا يعتبر أنصار هذا الرأي أن مجرد عرض المعلومات على الطرف الآخر يعتبر نتيجة حققها هذا الالتزام.

أنتقد هذا الرأي على أساس أنه لم يبحث في مسألة تحقيق صحة رضى الطرف الآخر كنتيجة لهذا الالتزام، بل إكتفى بتقديم المعلومات من عدمه كنتيجة، وهذا لا يعتبر تكييفا صحيحا لهذا الإلتزام ، لذا ظهر اتجاه فقهي آخر يجعل من هذا الإلتزام مجرد إلتزام ببذل عناية.

2**/ إلتزام ببذل عناية:**

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يقع على المهني فعلا إلتزام بتقديم المعلومات التي تمكن المستهلك من الانتفاع بالمنتوج ، وتفادي مخاطره وكيفية استعماله إلى غير ذلك من معلومات تمكنه من التعاقد عن وعي وبصيرة حسب نوعية المنتوج . لكن لا يمكن أن نطلب من المهني أن يضع نفسه مكان المستهلك في اتخاذ القرار ، فلا ننتظر منه أن يضمن النتيجة المتمثلة في صدور رضى سليم من المستهلك.

---

[1])د/ خالد ممدوح إبراهيم، ابرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق، ص237.

فحسب الرأي القائل بكون الإعلام إلتزام ببذل عناية فإنه يقع على المهني التزام بتقديم المعلومات الضرورية بغض النظر عن رأي الطرف الآخر بعد ذلك[1] . وهذا يثير تساؤلا عن حدود العناية المطلوبة من المهني ؟

إن معيار تحديد البيانات والمعلومات الواجب الإفصاح عنها هو معيار مدى أهمية هذه البيانات للطرف الآخر[2] . لكن ينبغي التأكيد على أن العناية المطلوبة لا تعني العناية المقصودة من طرف المستهلك، لأنه كما سبق ذكره يستحيل على المنتج معرفة هدف كل مستهلك من اقتنائه للمنتوج . لذا رتب الفقه والقضاء على عاتق المستهلك الإلتزام بالإستعلام أو التعاون مع المنتج لتحقيق الرضى الصحيح . كما أن الإلتزام الملقى على المهني يقل كلما تعامل مع مهني من نفس المجال، وقد توصل القضاء الفرنسي إلى أن البناء الذى إشترى عربة نقل السلع يكون على دراية بمقدار الحمولة اللازمة لها ، دون أن يعلمه بها البائع المهني.[3]

إن الإلتزام بالتعاون يلقي على عاتق المستهلك الإلتزام بتحديد أغراضه وأهدافه من العقد الذي يسعى إلى إبرامه ، وإن أي تقصير من طرفه في التحري والاستعلام والذي قد يؤثر على اختياراته يؤدي إلى انعقاد مسؤوليته الشخصية عن إخلاله بهذا الإلزام[4]، ويؤدي إلى إنحلال المهني من إلتزامه بالإعلام.

يرى جانب من الفقه[5] أن الالتزام بتقديم المعلومات عن كل شيء يتعلق بموضوع العقد يفتقر إلى حد كبير للواقعية، باعتبار أنه لا يمكن للمنتج عند عرضه لمنتوجه على شبكة الانترنت أمام الملايين من المستهلكين أن يعرف كل رغبات هؤلاء المستهلكين وهدفهم من التعاقد، لذا يتعين عليه بذل العناية اللازمة لتقديم المعلومات الكافية للتعريف

---

[1]) Corinne MASCARA, Corine SAINI-ALARY-HOUIN, Droit Civil, op.cit, p55.

[2])خالد ممدوح إبراهيم ، ابرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق، ص240.

[3]) Corinne MASCALA, Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Droit civil, op.cit, p55.

[4]) د/ محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص 48 .

[5]) محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، (د د ن)، القاهرة، 1995، ص 20 .

بالمنتوج . وبذلك يقع على عاتق المستهلك عبء إثبات عدم بذل هذه العناية من طرف المنتج. وللمحكمة كامل التقدير في تحديد العناية المعقولة والمعلومات الكافية حسب كل قضية. تكون للمحكمة السلطة التقديرية في تحديد مدى بذل المنتج لعناية كافية لتقديم المعلومات الخاصة بكل منتوج، فإن توصلت المحكمة إلى عدم كفاية المعلومات المقدمة للتعريف بالمنتوج ، فإنه من المشروع التساؤل عن ماهية الآثار الناتجة عن الإخلال بهذا الإلتزام ؟.

<u>ثانيا</u>: <u>أثر الإخلال بالإلتزام بالإعلام :</u>

إذا وقع على المنتج أو المهني واجب تقديم المعلومات الصحيحة للمستهلك ، بحيث يصدر رضى هذا الأخير بناءا على ما يتوفر لديه من معلومات توضح حقيقة الشيء محل العقد، وكان صدور إرادة واعية من المستهلك لا يفرض على المنتج تقديم معلومات تحقق بالضرورة هذه النتيجة أي رضى صحيح للمستهلك ، بل يكتفي بتقديم معلومات معقولة عن المنتج أو الخدمة محل العقد، فإن السؤال المطروح هو ما أثر الإخلال بالإلتزام بتقديم معلومات على صحة الرضى ؟ وما نوع المسؤولية الناتجة عنه ؟.

<u>1/ أثر الإخلال بالإلتزام بالإعلام على صحة الرضى</u> :

يتم تنفيذ الالتزام بالإعلام بتقديم معلومات صحيحة وكافية للمستهلك في وقت كاف قبل إبرام العقد ، ولذلك فإن تقديم معلومات سواء غير صحيحة أو غير كافية عن موضوع العقد دفعت بالمستهلك إلى التعاقد بناء على هذه المعلومات يعتبر إخلالا بالالتزام بتقديم معلومات، كما أن السكوت عن تقديم هذه المعلومات تؤدي إلى صدور إرادة معيبة ن المستهلك بسبب وقوعه في تدليس، لأنه لوعلم بالمعلومات الخاصة بالمنتوج لما رضي بالتعاقد[1] .

---

[1]) د/ أمجد محمد منصور، النظرية العامة للإلتزامات ، مرجع سابق ، ص 112.

يشكل السكوت تدليسا إذا اكتفى المنتج بالصمت وإخفاء ما يعلمه عن حقيقة المنتج مع علمه بأن هذه المعلومات جوهرية في ذهن المتعاقد الآخر، فلو علمها لما تعاقد أو لما قبل شروط العقد [1] .

إن عدم تنفيذ الالتزام بتقديم المعلومات بصورة صحيحة يرتبط ارتباطا وثيقا بوجود إرادة معيبة غير واعية لماهية التصرف، ولا مدركة لحقيقته، فيتحمل المنتج مسؤولية ذلك، وقد اختلف الفقه في تكييف هذه المسؤولية .

2/ المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالإلتزام بالإعلام:

رغم أن البعض[2] يعتبرها مسؤولية عقدية على أساس نظرية الخطأ عند تكوين العقد، إلا أن أغلبية الفقه والقضاء اتجه إلى اعتبارها مسؤولية تقصيرية [3] ، باعتبارها تنشأ قبل وجود العقد ، وبالتالي يكون أساسها القانون لا العقد.

إذا تقوم المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالإلتزام بالإعلام على أساس الخطأ الذي ارتكبه المتعاقد الملزم بتقديم كل المعلومات أو بعضها ، ويكمن هذا الخطأ إما في كتمانه لكل المعلومات الضرورية، أو في تقديم معلومات خاطئة أدت إلى الإضرار بالطرف الآخر، و يقع عبء إثبات ذلك الخطأ و الضرر الناتج عنه على المتضرر[4].

يتبين أن لمرحلة التفاوض دورا هاما في تكوين إرادتين سليمتين من العيوب ، ولكي يحكم على مدى سلامة هاتين الإرادتين ينبغي التعبير عنهما بشكل سليم[5]، وما دام

---

1) د/ عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الانترنت، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان ، (د تا)، ص 198.

2) سلم بالمسؤولية العقدية الفقه والقضاء من ألمانيا وسويسرا تأثرا بنظرية الفقيه (إهرنج) عن الخطأ في تكوين العقد، راجع في ذلك: د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية ، مرجع سابق، ص 53.

3) Stéphane CHATILLON, Le contrat international, Quercy Mercués, Paris, 3ème édition, 2007, p81.

4)د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية ، مرجع سابق، ص 53.

5) د/ صلاح الدين الناهي، مصادر الالتزام، (د د ن)، عمان، 1984، ص 42.

أن الإرادة الإلكترونية تتميز ببعض الخصوصيات فإن التعبير عنها يتعرض لبعض المشاكل والصعوبات .

المبحث الثاني

التعبير عن الإرادة الإلكترونية

إن الإرادة هي انعقاد العزم على إجراء العملية القانونية محل التعاقد، ويعتبر اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني في حد ذاته مسألة نفسية لا يعتد بها القانون إلا إذا تم الإعلان عنها، وذلك بالتعبير عنها[1]. (المطلب الأول).

لا شك أن الرضى المنتج لآثاره في التعاقد هو الرضا الصادر من ذي أهلية وغير مشوب بأي عيب من عيوب الرضا، فما تأثير البيئة الإلكترونية على صحة الرضى ، وما هي أهم المشاكل التي تثيرها هذه البيئة عند التعبير عن الإرادة ؟ (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

ضرورة التعبير عن الإرادة الإلكترونية

الإرادة ظاهرة نفسية تتمثل في قدرة الكائن المفكر في اتخاذ موقف أو قرار يستند إلى أسباب واعتبارات معقولة [2]، والمقصود بوجود الإرادة هو صدورها من شخص لديه إرادة ذاتية يعتد بها القانون بنية إحداث أثر قانوني معين[3].

وما دامت الإرادة عملا نفسيا لا يعلم به إلا صاحبه، فإن القانون لا يعتد بها إلا بالتعبير عنها. القاعدة أن للشخص الحرية في أن يعبر عن إرادته بالطريقة التي تحلو له،

---

1) Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Eric SAVAUX, Les obligations… ; op.cit, p100.

2) علي فيلالي ، الإلتزامات ، مرجع سابق، ص 69.

3) د/ العربي بلحاج ، النظرية العامة للإلتزام ... ، مرجع سابق، ص 58.

إذ لا يستلزم القانون أن يكون التعبير بوسيلة معينة، وهذا تطبيقا لمبدأ الرضائية في العقود[1] ، إلا ما استثني بموجب القانون ، فهل للتعبير عن الإرادة الإلكترونية وسيلة خاصة؟ (الفرع الأول)

وإن كانت اللغة المستعملة في إبرام العقود ليست قيدا على التعاملات التقليدية، إلا أنها تثير إشكالية في العقود الإلكترونية باعتبارها عقودا دولية ، في غالب الأحيان تتم عبر شبكة اتصال عالمية، فما موقف التشريعات الحديثة من اللغة المستعملة للتعبير عن الإرادة الإلكترونية ؟(الفرع الثاني).

الفرع الأول: طرق التعبير عن الإرادة الإلكترونية:

يكون التعبير عن الإرادة باستخدام أية وسيلة تدل على وجودها . والأصل أن هذا التعبير لا يخضع لشكل معين ، وأن القانون لا يستلزم وسيلة معينة ، فللشخص أن يفصح عن إرادته بالطريقة التي تروق له بشرط أن يكون لها مدلول يفهمه الآخرون[2].

قد يكون التعبير عن الإرادة صريحا أو ضمنيا وهذا ما جاءت به المادة 60 من القانون المدني الجزائري :

" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه فيجوز أن يكون التعبير ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا"[3].

يتبين أن طرق التعبير عن الإرادة بصورة عامة هي: اللفظ والكتابة والإشارة والمبادلة الفعلية وأي موقف آخر يدل على التراضي[4] ، وهو ما يفهم منه جواز التعبير

---

[1]) محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق، ص 83.

[2]) د/ عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري ، مرجع سابق، ص 41.

[3]) آمال حابت ، استغلال خدمات الانترنت، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمـــــري ، تيزي وزو ، 2004، ص 77.

[4]) د/عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري ، مرجع سابق، ص 41.

عن الإرادة بأية وسيلة كانت ، سواءا يدوية أو إلكترونية ، وتطبيقا لذلك يجوز التعبير عن الإرادة الكترونيا في التعاقد عبر شبكات الانترنت متى توفرت شروط صحة الإرادة.

يمكن التعبير عن الإرادة عبر الانترنت باستخدام أكثر من تقنية تقدمها هذه الشبكة، ومن أهم هذه التقنيات وأكثرها شيوعا: التعاقد عن طريق الحوار المباشر، التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني والتعاقد عبر صفحة الويب.

أولا :التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني E-mail

يقصد بالبريد الإلكتروني تبادل الرسائل بين الأطراف بطريقة الكترونية .والتعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني يكون بالكتابة، ولا تختلف هذه الكتابة عن الكتابة العادية إلا في الوسيلة المستعملة وهي الدعائم الإلكترونية بدلا من الورقية[1].

تتم عملية ارسال رسالة إلكترونية إلى عنوان البريد الإلكتروني للطرف الأخر، والذي يتكون من ثلاث أجزاء ، الأول هو إسم الدخول والثاني علامة الدخول والثالث إسم الحقل للمرسل إليه .

يتم نقل الرسائل بواسطة الإشارات بوصفها ظاهرة فيزيائية وتتحول إلى كتابة إلكترونية يمكن قراءتها بصورة واضحة. والتعبير في الرسالة الإلكترونية يكون صريحا، إذ تترجم في الأخير لتتخذ شكل كتابة لا تختلف في جوهرها عن الكتابة العادية، إنما تختلف فقط في الوسيلة المستعملة وهي الكمبيوتر، والذي يعتبر آلة طابعة حديثة يتم النقر فيها بالأصابع بدلا من الإمساك بالقلم[2] ، وقد أثارت هذه الوسيلة جدلا فقهيا بين مؤيد لها ومعارض.

وإن كان جانب من الفقه يرى عدم مشروعية التعاقد عن طريق الطباعة أو الكتابة على الهواء، فإن جانب آخر من الفقه يرى إدراج هذه الطريقة ضمن الإشارة المتداولة

---

1) د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 129-130.

2) آمال حابت، استغلال خدمات الإنترنت، مرجع سابق، ص 80

عرفا، وهو ما توصل إليه الدكتور "صلاح الدين النافي " بقوله أن:" الكتابة في الهواء إذا كانت عبارة عن رموز متعارف عليها وإشارات معلومة لدى الطرفين فإن التعبير بها يصح"[1].

وقد أيد هذا الرأي العديد من الفقهاء نتيجة تراجع إستعمال الوسائل التقليدية للتعبير عن الإرادة وازدياد إستعمال وسائل الإتصال الفوري [2].

ثانيا: التعبير عن الإرادة عبر الموقع (World, web-site)

يعتبر الويب الوسيلة الأكثر استعمالا في الاتصالات عبر شبكة الانترنت، وإستخدام الموقع يعني استمرارية هذا الموقع على مدار 24 ساعة ، ويتألف من صفحات وصفحة رئيسية Home page .

تسمح خدمة الويب بزيارة مختلف المواقع على شبكة الانترنت، وتفحص ما بها من صفحات للوصول إلى معلومات معينة أو إبرام عقد معين[3].

وقد يعبر عن الإرادة عبر مواقع الويب بالكتابة أو بالنقر على زر الموافقة، سواء الموجود على لوحة المفاتيح، أو بالضغط على المؤشر (الفأرة) في الخانة المخصصة لذلك، أو باستخدام بعض الإشارات أو الرموز المتعارف عليها بين مستخدمي شبكة الانترنت ، فإشارة الوجه المبتسم تدل على الموافقة في حين يدل الوجه الغاضب على الرفض[4].

---

[1]) آمال حابت، استغلال خدمات الإنترنت، مرجع سابق ، ص 79.

[2]) د/عباس العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري ، مرجع سابق، ص 60.

[3]) أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 7.

[4]) د/ خالد ممدوح إبراهيم، ابرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق، ص 131و132.

ثالثا: التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة: Internet Relay chat (IRC)

مصطلح المحادثة يتضمن بعض الإلتباس ، ففي الغالب ليس محادثة أو دردشة بالمعنى الحقيقي بل أسلوب يعتمد على كثير من الكتابة ، لكن يمكن أن يتحول إلى محادثة حقيقية باستخدام أجهزة خاصة ، فتتحول هذه الخدمة إلى خدمة الهاتف الحقيقي[1] .

تسمح تقنية المحادثة لمستخدم الانترنت بالتحدث مع الشخص الآخر عن طريق الكتابة بالطبع. يشترط لتشغيل نظام المحادثة أن يكون الطرفان متصلين بأحد أجهزة الخدمة IRC ، بحيث تقسم الصفحة الرئيسية إلى جزئين يمكن لكل طرف كتابة أفكاره في جزء ، بينما يتحصل في نفس الوقت على أفكار الطرف الآخر في الجزء الثاني، فتتسم هذه الطريقة بالتعاصر الزمني لتبادل الأفكار بين الطرفين، كما يمكن أن يزود جهاز الكمبيوتر بكاميرا رقمية تسمح بإلتقاط الصورة والصوت، فيكون تعاقد بالصوت والصورة[2].

الفرع الثاني

لغة التعبير عن الإرادة الإلكترونية

إن ما حققته شبكة الانترنت من إذابة الفوارق المكانية والزمانية واختراقها الحدود وفرضها لكثير من المفاهيم الجديدة المشتركة يثير التساؤل حول ما إذا كان يجب أن يأتي الإيجاب بذات اللغة التي ينطق بها الزائر للموقع لكي ينتج أثره القانوني[3]؟

---

[1]) د/ محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص 16.

[2])د/ خالد ممدوح إبراهيم، ابرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق، ص 132.

[3]) د/ عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 132.

إن مشكلة اللغة المستعملة في التعبير عن الإرادة منبثقة من اعتماد نظام معالجة المعلومات بصفة أساسية على اللغة الانجليزية[1] ، والتي عادة ما توضع بها البرامج وتوجه بها الأوامر والتعليمات إلى أجهزة الكمبيوتر المتصلة بالشبكة، ومن هنا تثار مشكلة مدى مشروعية التعامل مع الرسائل الإلكترونية الصادرة بلغة ما كاللغة الانجليزية في دول لا تعتبر هذه اللغة لغة رسمية لها ؟

أولا : إشتراط اللغة الوطنية في التعبير عن الإرادة:

الأصل أن المشرع في معظم الدول لا يشترط أن يكون التعبير عن الإرادة باللغة الوطنية، لكن استثناء ومع ظهور القوانين الخاصة بحماية المستهلك سعى المشرع في بعض الدول لوضع بعض القيود على اللغة المستعملة في التعامل مع المستهلك[2] ، وقد أوجب المشرع الفرنسي صياغة الإيجاب باللغة الفرنسية في نص المادة 01 من المرسوم الصادر في 1975/12/31 المتعلق بترويج السلع والخدمات، لا سيما في عرض السلع والخدمات، توزيعها والدعاية لها أو التعاقد عليها[3] .

عدل هذا القانون في 4 أغسطس 1994 بموجب القانون رقم 65/94 المسمى بقانون توبون Toubon ، والمتعلق باستعمال اللغة الفرنسية مشددا على إستعمال اللغة الوطنية في جميع مجالات التعاقد ، وقد نص في مادته الثانية على وجوب ذلك بما فيها

---

[1]) أجريت إحصائيات رسمية في سبتمبر 2000 حول اللغات الأكثر استعمالا في الانترنت غير الإنجليزية فوجد أن الصينية تستخدم بنسبة 8% ، واليابانية 7% ، والألمانية 6 % ، والكورية 4 % ، والفرنسية 3 % ،والإيطالية 3% والبرتغالية 3 %، راجع في ذلك : د /طارق عبد العال حماد، التجارة الإلكترونية، الأبعاد التكنولوجية والمالية والتسويقية والقانونية، الدار الجامعية ، الاسكندرية، 2003 ، ص 632 .

[2])عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية ، مرجع سابق، ص 133

[3]) تطبيقا للمرسوم الصادر في 1975/12/31 المتعلق بترويج السلع والخدمات، قضت أحد المحاكم الفرنسية في سنة 1985 بتغريم مدير إحدى دور النشر بـــ 400 فرنك مع تعويض مقداره 2000 فرنك لأنه استخدم في نشر العروض كلمتين باللغة الإنجليزية، راجع في ذلك: خالد ممدوح إبراهيم ، ابرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 170.

التجارة الإلكترونية وعلى وجه الخصوص في"وصف الشيء المنتج أو الخدمة، تعيين نطاقه وماله من ضمان، طريقة التشغيل أو الاستعمال وفي الفواتير والإيصالات[1]" .

وقد ورد نفس الإلتزام في قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 21 لسنة 1988 ، والذي جعل من قاعدة التعبير عن الإرادة باللغة الفرنسية من النظام العام وإلا تعرض مخالفيها للجزاء الجنائي [2] .

يتبين مما سبق ذكره أن بعض التشريعات المحلية تستوجب استعمال اللغة الوطنية في التعبير عن الإيجاب، إلا أن عالمية الشبكة ودولية العرض تحول دون الاستجابة للمتطلبات المحلية لهذه الدول، لذا ظهرت مشكلة اللغة، وثار التساؤل حول مدى جواز استناد المستهلك الفرنسي إلى قانون Toubon ليتمكن (بسوء نية) من طلب إبطال العقد؟

<u>ثانيا</u> : <u>مشكلة اللغة في التعاقد الإلكتروني</u>:

إنه من الصعب قبول فكرة استناد المستهلك الفرنسي إلى أحكام قانون Toubon للمطالبة بابطال عقد مبرم بغير اللغة الفرنسية، لا سيما إذا وجد نفس القانون في دولة التاجر[3] .

إن إتسام الإيجاب عبر شبكات الانترنت بالعالمية، واستعمال اللغة الإنجليزية عادة في التعبير عن الإيجاب وهو ما يستتبع إبرام العقد بهذه اللغة، يؤدي إلى احتواء العقد على مصطلحات فنية وقانونية غير مألوفة إلا في النظام القانوني المتبع في دولة المنتج، وقد تحتمل أكثر من معنى عند الترجمة[4] ، لذا ظهرت مشكلة اللغة بحدة في التعاقد

---

[1]) د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت ، مرجع سابق، ص 74.

[2]) د/ محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت(دراسة مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 76.

[3]) Jean BEAUCHARD," L’offre dans le Commerce électronique", <u>le contrat électronique au cœur du commerce électronique</u>, Université de Poitiers, 2005, p43.

[4]) مصطلح "القوة القاهرة" يحمل معنيان مختلفان في كل من اللغة الإنجليزية واللغة الفرنسية، راجع :
Stéphane CHATILLON, Le contrat international, op.cit, p87.

الالكتروني ، فهناك من يرى أنه من الأفضل احترام لغة المستهلك [1]، بينما يرى البعض الآخر أنه من الصعوبة فرض لغة المستهلك في التعاقد باعتبار أن شبكة الانترنت عالمية، والعقد الإلكتروني في الغالب عقدا دوليا[2]، وفي محاولة للتخفيف من أثار قانون Toubon عند التعامل عبر شبكات الإنترنت فإن التوجيه الأوروبي الصادر في 21/ماي/1992 الخاص بحماية المستهلك قد نص :

"إذا استجاب مستهلك فرنسي لإعلان في صحيفة صادرة باللغة الانجليزية أو برنامج للبيع في التليفزيون باللغة الألمانية ، فلا يجوز له أن يتوقع جميع المعلومات بلغته الوطنية ، فإذا كانت وسيلة الدعاية توزع خارج منطقتها اللغوية وقرر المستهلك أن يتعاقد، فلا ينبغي أن تكون القواعد الخاصة باللغة عائقا أمام هذا العابر للحدود[3] " .

يفهم من هذا النص أن عائق اللغة في إبرام العقد ولو عبر الانترنت لم يعد موجودا ، حماية لمصلحة المستهلك، وهذا ما سعت إليه المحكمة الفرنسية ممثلة في رئيس وزرائها الذي أصدر منشورا في 92/05/19 يتضمن تعديلا لقانون توبون Toubon ، وقد أوجب هذا المنشور استخدام اللغة الفرنسية في كتابة البيانات على الشاشات مع إجازة أن يصاحبها ترجمة باللغة الانجليزية أو بأية لغة أجنبية أخرى[4] .

إن الالتزام بإبرام العقد الإلكتروني باللغة الوطنية يؤدي إلى تقليص انتشار التجارة الإلكترونية، لذا يرى جانب من الفقه الفرنسي أن استخدام اللغة الفرنسية في إطار البيع

---

1) Alain BENSOUSSAN , Le commerce électronique, Aspects juridiques, Hermes, Paris, 1998 , p 31.

2) د/ عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 133.

3) د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص75، وكذلك : د/ عمر خالد زريقات ، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 133.

4) M .H. BERNAUT, langue française et protection du consommateur dans le commerce électronique, voir: www.Fagassocies.com/.

الإلكتروني يجب أن يوضع في إطار المادة 30 من اتفاقية روما التي بينت فيها بدائل متعددة لاستخدام اللغات في المعاملات والاتصالات التجارية[1] .

بالرجوع إلى الواقع يتبين أن معظم المواقع العالمية ذات الصبغة التجارية تحاول أن تبرز صفحاتها بلغات متعددة ، وتوفر ترجمة فورية كاملة لكل محتويات الموقع، سعيا منها لتسهيل دخول الزائرين لها، وجذبهم بالتعاطي معهم بلغاتهم المحلية.[2]

يستخلص مما سبق ذكره أن اللغة الوطنية ليست قيدا على التعاملات التي تتم عبر شبكة الأنترنت ، فمن الممكن إذن للتاجر العربي أن يوجه إيجابا باللغة العربية على أن تصاحبه ترجمة بلغة أولغات أجنبية أخرى [3].

المطلب الثاني

المشاكل التي يثيرها التعبير عن الإرادة إلكترونيا

إن العقد الإلكتروني ينعقد بين متعاقدين بعدت المسافات بينهما ، وأن المعلومات التي تصل الأطراف لا تعدو أن تكون سوى رحلة رقمية تتم عبر عالم رقمي عبر فضاء افتراضي مصطنع ، مما يصعب من مسألة معرفة الوجهة التي يقصدها المسافر فيها ويصعب التعرف على مصدر تلك المعلومات ومكان صدورها ، الأمر الذي يثير العديد

---

[1]) د/خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص 173.

[2]) هناك ستة لغات معتمدة لدى منظمة الأمم المتحدة ONU وهي الإنجليزية، العربية، الصينية، الإسبانية، الفرنسية، والروسية وقد عمدت هذه المنظمة على تحديد إتفاقيتها بمصطلحات حيادية تتفق مع ما هو معمول به في القوانين الداخلية للدول الأعضاء ، راجع في ذلك:

Stéphane CHATILLON, Le contrat international, op.cit, p81.

[3]) د/ محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 56 ، وكذلك :

محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت ، مرجع سابق ، ص 76 .

من الصعوبات والمشاكل ، أهمها كيفية التأكد من شخصية المتعاقد الآخر، ووسيلة التحقق من أهليته (الفرع الأول)، ثم كيفية التحقق من سلامة إرادته من العيوب (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد هوية الشخص المتعاقد إلكترونيا

لا يكفي أن تكون الإدارة موجودة لإنعقاد العقد، بل ينبغي أن تكون هذه الإرادة صادرة من شخص آهل . وحسب القواعد العامة فإن كل شخص آهل للتعاقد مالم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون، والأهلية هي ذاتها التي مناطها التمييز[1]، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية، ومن نقص تمييزه نقصت أهليته ، ومن كان عديم التمييز كان عديم الأهلية.

لا خلاف بين الفقهاء في القانون المدني والشريعة الإسلامية في أن مناط أهلية الأداء هو التمييز والعقل، فالعقل القاصر تثبت به أهلية أداء قاصرة، والعقل الكامل تثبث به أهلية أداء كاملة [2].

إن التأكد من توفر شرط الأهلية في العقد التقليدي أمر من السهل تحقيقه بإعتباره تعاقد بين حاضرين في مجلس واحد حقيقي، يتمكن فيه كل طرف من التأكد من هوية وأهلية الطرف الآخر بواسطة الإطلاع على وثائقه الشخصية بالنسبة للشخص الطبيعي وعلى سجله التجاري بالنسبة للشخص المعنوي[3].

ونظرا لكون العقد الإلكتروني يتم عبر تقنيات الإتصال الحديثة دون الحضور الشخصي للمتعاقدين، فإنه يصعب على كل متعاقد التأكد من شخصية المتعاقد الآخر والتحقق من أهليته، لاسيما أن أغلبية مستخدمي شبكة الأنترنت هم من المراهقين وصغار

---

[1]) د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، الجزء الرابع، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص108.

[2]) د/ محمد سعيد جعفور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002، ص5.

[3]) د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 133 .

السن ، فقد يستعمل أحد القصر البطاقة المصرفية لوالديه للتعاقد مع تاجر حسن النية. كما أن كمال الأهلية قد يختلف من دولة إلى أخرى، ناهيك عن كون الأنترنت مجال معرض للقرصنة الإلكترونية والإختراق الأجنبي، مما يخلف مشاكل عويصة في مجال التعاقد الإلكتروني(1). الشيء الذي يميز الأهلية في مجال التعاقد الإلكتروني بنوع من الخصوصية (أولا) ، جعل علماء البيئة الإلكترونية يسعون لإبتكار وسائل حديثة للتحقق من الأهلية (ثانيا).

أولا : خصوصيات الأهلية في التعاقد الإلكتروني:

لما كان التصرف القائم مع فاقدي الأهلية أو ناقصيها قد يعرض العمل برمته للبطلان، فإن الأصل أن تكون التعاملات عبر الأنترنت قائمة على مبدأ حسن النية من الطرفين، فيفصح البائع عن بياناته الكاملة، ويطلع على الهوية الكاملة للعملاء، إلا أن القصر قد يعمدون إخفاء نقص أهليتهم ثم يتذرعون بذلك لإبطال العقد ، فهل يجوز لهم التمسك بالقواعد العامة لإبطال مثل هذا العقد ؟ وما موقف التشريعات الحديثة ؟

في سبيل تأمين التعاملات عبر الأنترنت فإن القواعد العامة في كثير من التشريعات عمدت إلى ربط الحق في إبطال العقد الممنوح للقصر بشرط الإلتزام بالتعويض إذا إستعمل القاصر طرقا إحتيالية لإخفاء نقص الأهلية(2).

وهناك من تمسك بمسؤولية متولي الرقابة باعتبار أن الوالد مسؤول عن أعمال إبنه القاصر، وعليه فإن دخول الأبناء بكل حرية إلى المواقع الإلكترونية والتعاقد مع الغير حسن النية يقيم على الأهل مسؤولية مراقبة أبنائهم وتحمل تبعات تصرفاتهم(3).

---

1) د/ سمير حامد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الفوري ، مرجع سابق، ص 153.

2) نصت على ذلك: المادة 184 من القانون المدني الأردني، والمادة 113 من القانون المدني المصري، والمادة 216 من القانون المدني اللبناني، راجع: د/ عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية ، مرجع سابق، ص178.

3) راجع المادتين 134 ، 135 من القانون المدني الجزائري.

وقد ذهب جانب من الفقه الحديث إلى ضرورة التوسع في الأخذ بنظرية الوضع الظاهر « théorie de l'apparence » لترجيح مصلحة المهنيين المتعاملين بحسن النية[1]، ففي حالة إستعمال القاصر لبطاقة الإئتمان الخاصة بأحد والديه خلسة لإبرام عقد معين ، فإنه يجوز للتاجر المتعامل معه متى كان حسن النية أن يتمسك بتوفر مظهر صاحب البطاقة في القاصر، ومن ثم مظهر الشخص الراشد، فيلزم الأب بالعقد الذي أبرمه إبنه ، وذلك لإجبار الأباء على مراقبة تصرفات أبنائهم والحفاظ على بطاقاتهم المصرفية والرقم السري الخاص بها[2] ، كل ذلك من أجل توفير الثقة والأمان لدى المتعاقدين عبر وسائل الإتصال الحديثة ، وحفاظا على إستقرار مثل هذه المعاملات حتى لا يفاجأ المتعامل حسن النية بنقص الأهلية لابطال العقد[3].

وقد ميز القانون الفرنسي بين الأعمال الإعتيادية للقاصر المميز والتي توصف بأنها أعمال حياته اليومية كشراء الكتب أو الألعاب، إذ أجاز للقاصر القيام بها، وبين التصرفات التي لا تدخل ضمن هذه الأعمال ، والتي تمت بواسطة بطاقة إئتمان أحد والديه أو توقيعه الإلكتروني، ففي هذه الحالة يكون الوالد ملزما بهذا العقد كما لو كان هو من أبرمه[4]، هذا دون الإخلال بقواعد المسؤولية التقصيرية التي يمكن للتاجر التمسك بها للرجوع على القاصر. وقد حذى المشرع الأمريكي حذو المشرع الفرنسي، في حين تركت التشريعات العربية (المصري، الجزائري والأردني...إلخ) مسألة الأهلية في العقود الإلكترونية للقواعد العامة.

---

[1]) Olivier D'AUZON, Le droit du Commerce électronique, éditions du puits Fleuri, Paris, 2005, p34.

[2]) د/ محمود السيد عبد المعطي خيال، الأنترنت وبعض الجوانب القانونية ، دار النهضة ، القاهرة، 1998، ص123.

راجع كذلك : د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص113.

[3])د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الفوري ، مرجع سابق، ص156.

[4]) Olivier D'AUZON, Le droit du Commerce électronique, op.cit, p34.

ينبغي التمسك بضرورة إقامة التوازن بين الحقوق الإضافية الممنوحة للمستهلكين في مواجهة البائعين الحرفيين وحقوق البائع الحسن النية ، وذلك بمنح هذا الأخير الحق في حماية مصلحته بطلب تعويض عن الأضرار اللاحقة به من جراء تلاعب القصر عبر الشبكة ، فما دام أن للقاصر الحق في إمتلاك جهاز كمبيوتر خاص به، ويمنح له والداه الحرية في الدخول إلى الشبكة دون أية مراقبة، فمن العدل أن يمنح بالمقابل للتاجر حسن النية الحق في متابعته شخصيا أو ذويه بسبب الإهمال والتقصير لطلب التعويض.

إن مشكلة توفر الأهلية لدى طرفي العقد الإلكتروني يطرح التساؤل الآتي: "هل من وسيلة تجزم لكلا الطرفين توفر أهلية الطرف الآخر؟.

<u>ثانيا: وسائل التحقق من الأهلية في العقود الإلكترونية :</u>

لإنعقاد العقد الإلكتروني صحيحا يتوجب على أطراف المعاملة التدقيق في مسألة الأهلية بأية وسيلة متاحة ، لاحتمال ورود بيانات غير صحيحة من طرف أحد المتعاقدين، الشيء الذي يؤثر بالتأكيد على صحة التعاقد، سيما إذا تبين فيما بعد عدم توفر الأهلية لدى أحد المتعاقدين أو كلاهما.

لقد ألزم مشروع العقد النموذجي "اليونسرال" في فصله الأول تحت عنوان "اتفاقية" البند الأول منه الموجب بإدخال بياناته الكاملة وهي اسم الشركة وعنوانها، رقم سجلها التجاري ،سجلها المهني ورقم الهاتف والفاكس وعنوان البريد الإلكتروني ، كما ألزم القابل بإدخال نفس البيانات للتعريف بهويته ، أما التوجيه الأوروبي رقم 31-2000 الصادر في 2000/01/8 بشأن التجارة فقد تطلب ضرورة تحديد كافة عناصر تحديد الهوية بما في ذلك الأهلية القانونية ، لكن قد يتحايل أحد الطرفين ويعطي معلومات خاطئة، فما هي وسائل التحقق من صحة هذه المعلومات ؟ .

أمام تطور التقنيات المستعملة في التعاقد الإلكتروني ، فإن مسألة التحقق من اهلية المتعاقد بمثل هذه التقنيات هي مسألة فنية دقيقة ، تستدعي تكاثف جهود علماء متخصصين وفقهاء القانون الدارسين لهذا المجال، بغية البحث عن وسيلة تضمن التحقق من أهلية المتعاقدين .[1]

حتى الآن عجز العلماء والتقنيين من إيجاد وسيلة تقنية تضمن التحقق من أهلية المتعاقدين في المجال الإلكتروني، إلا أنه توجد وسائل إحتياطية وأخرى تحذيرية يمكن إستخدامها للتقليل من الوقوع في فخ العقود المبرمة من طرف ناقصي الأهلية أو عديمها وهي : البطاقات الإلكترونية ، التوقيع الإلكتروني ، جهات التوثيق الإلكتروني .

1/البطاقات الإلكترونية:

تتمثل البطاقات الإلكترونية في رقائق إلكترونية تحتوي على وحدات وشرائح فائقة القدرة على تخزين جميع البيانات الخاصة بحاملها مثل الإسم والسن، محل الإقامة والمصرف المتعامل معه، فهي حاسوب متنقل لإحتوائها على مجمل البيانات الشخصية لحاملها والرقم السري له[2].

كانت هذه البطاقة أحسن وسيلة لتخزين المعلومات الخاصة بصاحبها لتزويدها بعدة عناصر للحماية من عمليات التزوير ومنع الغير من إستعمالها في حالة سرقتها، وتستعمل بكثرة في أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية واليابان[3]، إلا أن القرصنة الإلكترونية

---

[1]) د/ محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص70.

[2]) قضت محكمة استئناف (PAU) الفرنسية بأنه : "ما من شك في علم حامل البطاقة بشروط استخدام البطاقة التي تفرض عليه الإحتفاظ بسرية الرقم الخاص به ، وعلمه كذلك بحقيقة أنه بدون هذا الرقم لا يمكن سحب أية نقود باستخدام البطاقة من جانب أي شخص " ، راجع في ذلك : محمد حسين عبد العال ، ضوابط الإحتجاج بالمستندات العقدية في القضاء الفرنسي ، دار النهضة ، القاهرة ، 1999 ، ص 169.

[3]) د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الفوري ، مرجع سابق، ص157.

بلغت ذروتها [1] من خلال إستعمال المتقنين لها لأحدث الطرق والأساليب الإلكترونية للولوج في البيانات السرية للغير ، للاستلاء على أموالهم وإستعمال بياناتهم في أعمال غير مشروعة، لذا لم تعد هذه الوسيلة تضمن التحقق من أهلية الطرف الآخر، لذا ظهر ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني.

2/التوقيع الإلكتروني:

لم تعد الوسيلة التقليدية في إثبات توثيق العقود وهي التوقيع الخطي مناسبة للمعاملات والمبادلات الإلكترونية، لذا يرى البعض أنه من الأنسب اللجوء إلى تقنية التوقيع الإلكتروني لتحديد هوية الشخص المتعاقد.

لكي يحقق التوقيق الإلكتروني وظيفته بتحديد هوية الشخص الموقع ، فإن التشريعات المعاصرة تبنت وسائل التكنولوجيا المتطورة ، والتي تضفي التوقيع الإلكتروني مواصفات ومقتضيات تضمن تحديد هوية الموقع والتزامه بمضمون السند الذي وقع عليه ، وفي هذا الصدد يشير جانب من الفقه إلى أن التوقيع الإلكتروني يحقق هذه الوظيفة بفضل السرية التي يتسم بها ، إذ تجعله أكثر أمانا ودقة من التوقيع التقليدي الذي يتم بخط اليد ، حيث يعد استخدام الرقم السري قرينة على صدور التوقيع من المدين، لأنه الشخص الوحيد الذي يعلم هذا الرقم ، ويمنع عليه إفشاؤه [2].

---

[1]) لقد تعرض رئيس مجلس إدارة أحد المصارف السويسرية الشهيرة لحادثة غريبة تتمثل في أنه عزم على إنشاء تقنية شراء آمنة عبر الأنترنت وقد حشد لذلك طاقات فنية هائلة متخصصة في تصوير برمجيات الحاسوب وإستخدام الأنترنت وبعد أربعة أشهر من البحث العلمي توصلوا إلى وضع تقنية حديثة جاهزة للإستخدام، أعلن بعد ذلك عن عقد مؤتمر صحفي للإعلان عنها وأثناء تجربة التقنية خلال المؤتمر على البطاقة الخاصة برئيس مجلس الإدارة شخصيا، وصلت رسالة إلكترونية إلى الحاسوب الذي تجرى عليه التجربة تفيد عدم إجراء أية معاملات على بطاقة رئيس مجلس الإدارة لأن مجموعة من القراصنة تطلق على نفسها "أبناء أسرار السوداء" قد إخترقوا الخط الآمن وأجروا حركة نقدية على بطاقة الرئيس وإستولوا على مبلغ 80.000 دولار أمريكي من حسابه، راجع في ذلك، المرجع نفسه، ص158.

3) د. عباس العبودي ، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2010 ، ص17.

[2]) أمير فرج يوسف ، عالمية التجارة الإلكترونية ... ، مرجع سابق، ص 300.

وقد تباينت التعريفات التي أعطيت للتوقيع الإلكتروني، إذ إهتم البعض ببيان الوسائل التي يتم بها، بينما إهتم البعض الآخر بالوظائف والأدوار التي يضطلع بها . وأول هذه التعريفات التعريف الوارد في القانون الفيدرالي الأمريكي المتعلق بالتجارة الإلكترونية الصادرة في 2000/06/20 ، والذي ذهب إلى أن: "التوقيع الإلكتروني عبارة عن : أصوات أو إشارات أو رموز أو أي إجراء آخر يتصل منطقيا بنظام معالجة لمعلومات إلكترونية، ويقترن بمتعاقد أو مستند أو محرر ، ويستخدمه الشخص قاصدا التوقيع على المحرر"[1].

وقد عرف القانون النموذجي الخاص بالتوقيعات الإلكترونية لعام 2001[2] التوقيع الإلكتروني بأنه : " بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات".

فالتوقيع الإلكتروني يعرف عامة بكونه "طريقة إيصال مشفرة تعمل على توثيق المعاملات التي تتم عبر الأنترنت".[3]

وعلى هذا الأساس فإن التوقيع الإلكتروني عبارة عن إشارات أو رموز أو حروف مرخص بها من الجهة المختصة بإعتماد التوقيع، ومرتبطة إرتباطا وثيقا بالتصرف

---

[1]) محمد بودالي، "التوقيع الإلكتروني"، إدارة، المجلد 13، العدد 2، 2003، المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، ص54.

[2]) صدر القانون النموذجي الخاص بالتوقيعات الإلكترونية لعام 2001 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي"اليونسترال" في أعمال دورتها الرابعة والثلاثين المنعقدة في فينا سنة 2001، يمكن الإطلاع على هذا النص باللغتين العربية والفرنسية على موقع : .www.uncitral.org.stable/ml-elecsig-a-pdf

[3]) محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص39.

القانوني، بحيث تسمح بتمييز شخص صاحبها وتحديد هويته، و تكشف دون غموض عن رضائه بهذا التصرف القانوني.[1]

من خلال هذا التعريف يمكن التوصل لأهم الخصائص التي يتميز بها التوقيع الإلكتروني وهي:

1. أن التوقيع الإلكتروني لا يقتصر على الإمضاء أو بصمة أصابع بل يشمل عدة صور غير محصورة كالصور، الحروف، الأرقام، الرموز، الإشارات، وحتى الأصوات، شرط أن تكون ذات طابع شخصي[2].

وقد إهتدى رجال الصناعة إلى أهمية وخطر التوقيع الإلكتروني ، وإكتشفوا عـــــدة أساليب تعتمد على الخصائص الفيزيائية والسلوكية للأفراد منها:

- البصمة الشخصية/ l'empreinte digitale
- التوقيع الشخصي/ la signature dynamique
- طريقة مسح العين البشرية /la reconnaissance par l'ires
- التعرف على الصورة الظلية/.la reconnaissance par la silhouette [3]

2. أن التوقيع الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني من خلال أجهزة الحاسب الآلي.
3. وجوب تدخل طرف ثالث أو "الغير الثقة" tiers de confiance ، والذي يقوم بدور الوسيط بين أطراف التصرف القانوني، لضمان سلامة المحرر الإلكتروني من العبث والتحريف، وهذا الطرف الثالث يضمن توثيق التوقيع ويعمل على تحديد

---

[1]) حسن عبد الباسط جمعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص34.

[2]) علاء محمد عيد نصيرات ، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دار الثقافة ، عمان ، 2005، ص31.

[3]) منير محمد الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي، التبادل الإلكتروني للبيانات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص26-27.

هوية صاحبه، وقد عهدت هذه المهمة في الدول التي نضمت التوقيع الإلكتروني لجهات تسمى بمقدمي خدمات التصديق أو الترسيم :

"Les prestataires de services de certification ou les services de certification et d'authentification. "

وهي عبارة عن أشخاص طبيعية أو إعتبارية ترخص لها السلطات المختصة بإعتماد التوقيع الإلكتروني[1] .

3/جهات التصديق الإلكتروني:

قد يلجأ المتعاقدون عبر وسائل الإتصال الحديثة إلى الإستعانة بوسيط إلكتروني، يتمثل في طرف ثالث محايد[2] يسمى جهات التصديق أو سلطات الإشهار، تتولى مهمة تنظيم العلاقة بين أطراف العقد الإلكتروني، وذلك بالتأكد من هوية الطرفين وأهليتهم القانونية ، ثم إصدار شهادة مصادق عليها تتضمن كافة المعلومات حول أطراف العقد الإلكتروني[3].

في الواقع يقتضي التصديق الإلكتروني وجود جهتين، الجهة الأولى هي سلطة إصدار شهادات التوقيع الإلكتروني، والتي تحتفظ بسلطاتها في مراقبة المفتاح الخاص بصاحب التوقيع ، وجهة ثانية هي السلطة التي تودع لديها مفاتيح الشفرات، والتي على أساسها يمكن إعادة وضع المفتاح الخاص لحائزه بناء على طلبه في حالة فقدانه أو تلفه.

---

[1]) محمد بودالي،"التوقيع الإلكتروني"، مرجع سابق، ص58. وكذلك : أمير فرج يوسف ، عالمية التجارة الإلكترونية ... ، مرجع سابق، ص 303..

[2]) Théo HASSLER, La signature électronique …, op.cit, p199

[3]) Thierry PIETTE-COUDOL, La signature électronique, Litec, Paris, 2001, p28.

وقد تم تنظيم هذه الخدمة في العديد من القوانين الصادرة بشأن التجارة الإلكترونية، منها التوجيه الأوروبي رقم 1999/93 للتوقيعات الإلكترونية[1] ، والذي عرف مزود خدمات التصديق ب : الشخص الطبيعي أو الكيان القانوني الذي يصدر الشهادات أو يوفر الخدمات الأخرى المتعلقة بالتوقيعات الإلكترونية "، وكذا القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 الذي أنشأ "الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية"، كما عرف إجراءات التوثيق كل من القانون الأردني رقم 15 لسنة 2001 المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية وكذا القانون الإماراتي رقم 2 لسنة 2002.

وقد نظم قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001 الجهة التي تقوم بتحديد التوقيع الإلكتروني والواجبات التي يتحملها الموقع وما يبذله من عناية حيال توقيعه، وقد سايرت العديد من الدول هذا القانون، وإقتبست من أحكامه، فقد عدل المشرع الفرنسي القانون المدني سنة 2000 ، وأعطى للمستندات الإلكترونية قوة المستندات العادية ، كما أصدر قانونا ينظم إجراءات وقواعد التوقيع الإلكتروني عام 2001 [2].

الفرع الثاني: خصوصيات عيوب الإدارة الإلكترونية

لا شك أن القواعد العامة في التدليس والغلط والإستغلال والإكراه تستوعب نظرية عيوب الإرادة في مجال العقد الإلكتروني، إلا أن البيئة التي ينعقد فيها هذا الأخير تؤثر بدرجات متفاوتة على القواعد القانونية التقليدية. [3]

---

[1]) د/ محمد سعيد أحمد اسماعيل ، أساليب الحماية القانونية ... ، مرجع سابق ، ص 275

[2]) رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، (دراسة تحليلية ومقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص79.

[3]) د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص139.

إن طبيعة العقد الإلكتروني تقتضي أن يبرم العقد عن بعد بين متعاقدين في أغلب الأحيان غير متكافئين، بحيث أحدهما المنتج أو مقدم الخدمة، والذي يملك خبرات فنية وقانونية وإمكانيات إقتصادية ، ومن جهة ثانية نجد العميل الذي هو طرف ضعيف لا يملك مثل هذه الإمكانيات، لذا كان من الضروري توفير نوع من الحماية القانونية لطرفي العقد، لضمان إستقرار نسبي للعقود والمعاملات الإلكترونية[1].

لم تعد نظرية عيوب الإرادة كافية وفعالة لضمان إستقرار المعاملات الإلكترونية، لذلك رأى المشرع ضرورة توسيع نطاق شروط الطعن لإبطال العقد الإلكتروني، بالإستعانة بالإلتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد.[2]

إن الإلتزام قبل التعاقدي في العقود الإلكترونية هو إلتزام بتبصير إرادة المتعاقد غير المحترف أو عديم الخبرة، حتى تكون إرادته غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة وهي الغلط، التدليس، الإكراه أوالإستغلال، وإن الإخلال بهذا الإلتزام يؤدي إلى المطالبة بإبطال العقد من الطرف المتضرر، وهذا ما جعل لعيوب الإرادة الإلكترونية خصوصيات تميزها عن العيوب المعروفة في القواعد العامة .

أولا: خصوصية الغلط في العقود الإلكترونية:

يقصد بالغلط الوهم الذي يقوم في ذهن الشخص ويجعله يتصور الواقع على خلاف حقيقته[3]، ويشترط للتمسك بالغلط لإبطال العقد أن يقع أحد المتعاقدين في غلط جوهري

---

1) Sophie DRUFFIN-BRICCA, Laurence Caroline HENRY, Anna Droit LMD 2008, op.cit, p23.

2) Michel PEDAMON, Le contrat en droit allemand, L.G.D.J, Paris, 2ème édition, 2004, p18.

3) د/عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات، مصادرة الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص88 . أنظر المواد من 81 إلى 85 من القانون المدني الجزائري التي تنص على الغلط.

وأن يتصل ذلك الغلط بعلم المتعاقد الآخر، ويكون الغلط جوهريا إذا بلغ عند من وقع فيه حدا من الجسامة بحيث كان سيمتنع عن التعاقد لو لم يقع في الغلط [1].

وقد يقع الغلط في جوهر الشيء، أو يقع على شخص المتعاقد أو في طبيعة العقد[2].

إن هذه الشروط تقيد من إستعمال عيب الغلط لإبطال العقود التقليدية لصعوبة إثبات توفرها، إلا أن الإلتزام بالإعلام في العقود الإلكترونية يسهل كثيرا من المطالبة بإبطال العقد بناء على عيب الغلط ، بإعتبار أن الإخلال بهذا الإلتزام يعتبر قرينة لا تقبل إثبات العكس في ثبوت إتصال الغلط بالمتعاقد المحترف.[3]

تعتبر صفة عدم الخبرة أو عدم الإحتراف في المعاملات الإلكترونية عنصرا جوهريا في قبول طلب إبطال العقد بناء على عيب الغلط الجوهري فكثيرا ما يقع الغلط بسبب العرض الناقص أو غير الواضح للمنتجات المعروضة عير تقنيات الإتصال لذا ألزم التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 بشأن التجارة الإلكترونية في المادة 11 منه مقدمي الخدمات بعرض الخدمة على العميل بالتفصيل الدقيق وأن يقوموا بإعلامه بذلك بوسائل مناسبة وفعالة وسهلة البلوغ وعلى نحو يمكنه من فهم المعطيات الإلكترونية، الأمر الذي يكفل عدم وقوع العميل في غلط[4].

نتيجة الإهتمام بحماية الطرف الأقل خبرة فنيا أو إقتصاديا وسع الفقه والقضاء من مفهوم عيوب الإرادة إذ بمجرد عدم توفير الطرف الأكثر خبرة للطرف الآخر المعلومات

---

[1]) Isabelle RIHM, L’erreur dans la déclaration de volonté, presses universitaires d’AIX Marseille, Marseille, 2006, p48.

[2]) د/ محمود الكيلاني، التشريعات التجارية والمعاملات الإلكترونية، دار وائل للنشر، عمان، 2004، ص489.

[3]) فراح مناني، العقد الإلكتروني ، مرجع سابق، ص152.

[4]) Isabelle RIHM, L’erreur dans la déclaration de volonté, op.cit, p49.

الكافية التي كان يجب عليه الإدلاء بها جاز للمتعاقد غير الخبير أن يتمسك بوقوعه في الغلط نتيجة عدم علمه الكافي بمحل العقد أو شروطه[1].

رغم أنه تقرر منح المستهلك حق الرجوع في العقود الإلكترونية وإرجاع المنتج إلى البائع دون حاجة إلى إثبات وقوعه في غلط إلا أن الإستناد إلى نظرية عيوب الإرادة لإبطال العقد سيجنب المشتري تحمل تبعات النقل حيث يتحملها البائع وهنا تظهر أهمية هذه النظرية في العقود الإلكترونية[2].

يبقى المشكل مطروحا إذا ما تم تغيير العرض أو تعديله في وقت لاحق على التعاقد ، ويصعب بذلك إثبات الغلط أي إثبات أن العرض كان ناقصا ، لذا يوصي بتسجيل مثل هذه البيانات في دعامات إلكترونية بأسلوب يسمح بحفظها وإسترجاعها عند الضرورة، أو الإستعانة بوسيط يوثق مثل هذه المعاملات.

<u>ثانيا: خصوصية التدليس في العقود الإلكترونية :</u>

يعرف التدليس بكونه إستعمال شخص طرقا إحتيالية لإيقاع شخص آخر في غلط يدفعه إلى التعاقد[3]، إذا للتدليس شرطان ، أحدهما مادي يتمثل في الطرق الإحتيالية، والآخر معنوي يتمثل في نية التظليل.[4]

كما يشترط أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد وأن يتصل بالمتعاقد الآخر[5]، ومن هنا يفهم أن السكوت عن تقديم معلومات أو بيانات يجب الإفصاح عنها يعتبر تدليسا ويطلق عليه "الكتمان".

---

[1]) د/ خالد ممدوح ابراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق، ص144.

[2]) د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الفوري ، مرجع سابق، ص164.

[3]) معوض عبد التواب، الوسيط في دعوى صحة التعاقد ، مرجع سابق، ص287.

[4]) Christine SOUCHON, Les vices du consentement dans le contrat, Pèdone, Paris, 1976, p52.

[5]) د/ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق، ص422.

إن التعامل عبر شبكة الأنترنت يلزم البائع بالإعلام وذلك بوصف المبيع وصفا كافيا نافيا للجهالة[1]، وإلا كان للطرف الآخر الأقل خبرة الحق في أن يتمسك بتعيب إرادته نتيجة تدليس ناتج عن كتمان المتعاقد الآخر للمعلومات التي كان يجب عليه الإدلاء بها.

لقد إنتشر في السنوات الأخيرة لاسيما في فرنسا إستخدام الطرق الإحتيالية لتمكن بعض العابثين والمحتالين من إختراق النظام المعلوماتي للشبكة وإساءة إستخدامها بالإعلانات الكاذبة والوعود بميزات وهمية للحصول على إرادة الطرف الآخر وإبرام العقد.[2]

وإن كان القانون قد أعطى للمشتري الحق في رد المبيع في البيوع عن بعد إلا أنه يعفى من تحمل مصروفات الرد لو تمسك بالتدليس إضافة إلى حقه في طلب إبطال العقد مع التعويض.[3]

تكمن المشكلة في إثبات التدليس الذي يقع عبر شبكة الأنترنت نظرا للطبيعة غير المادية للمعلومات والبيانات التي يمكن نقلها عبر هذه الشبكة لاسيما أن المدلسين في غاية من الدهاء والفطنة إذ غالبا ما يعمدون إلى إخفاء تلك المعلومات التدليسية وإزالة آثارها في ثوان معدودات وبصورة يصعب معها تحديد هويتهم أو كشف أفعالهم.

يمكن التغلب على هذه المشكلة بإستخدام مواقع متخصصة على الشبكة وظيفتها الإعلام وتقديم النصيحة والتحذير إن لزم الأمر لتوفير الحماية اللازمة للطرف الأقل

---

[1]) د/ محمد سعد خليفة ، مشكلات البيع عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص71.

[2]) د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الفوري ، مرجع سابق، ص167.

[3]) د/ محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الأنترنت، مرجع سابق ، ص71.

خبـــــرة [1]، كما يمكن الإستعانة بطرف ثالث متخصص محايد للكشف عن مثل هذه العمليات مثل جهات التصديق الإلكتروني[2].

ثالثا: خصوصية الإكراه في العقود الإلكترونية:

يعرف الإكراه بكونه "رهبة تقوم في نفس الشخص فتدفعه إلى التعاقد" [3]، فيشترط الإكراه لإعتباره عيبا يشوب الرضا أن يتم التعاقد تحت سلطات الرهبة التي بعثت في نفس المتعاقد بغير وجه حق بفعل المتعاقد الآخر[4].

يبدو من الوهلة الأولى أنه يصعب تصور حدوثه في نطاق إجراء المعاملات الإلكترونية لكون هذه الأخيرة تتم عن بعد والمشاهد أو المستخدم حر في إتخاذ القرار الذي يناسبه بأخذ المبادرة لإبرام العقد بالقيام ببعض الأعمال المادية كالإتصال برقم الهاتف أو الموقع ولا يمكن القول أنه مهدد في ماله أو نفسه[5].

إلا أنه قد يقع الإكراه في مجال العقد الإلكتروني بسبب التبعية الإقتصادية أين يتم الضبط على المتعاقد بسبب العوز الإقتصادي كإحتكار أحد المنتجين أو الموردين لسلعة معينة ويعرضها للبيع بشروط مجحفة فيضطر المشتري للتعاقد بسبب تهديد مصالحه وبالتالي لا يكون أمامه بديل غير قبول التعاقد [6]، وفي هذه الحالة نرجع إلى القواعد العامة للقانون المدني التي تحكم الإكراه.

وقد عالجت المؤتمرات والمنظمات وغرفة التجارة الدولية مسألة الإحتيال الإلكتروني وقدمت العديد من التوصيات لحل هذه المشكلة نوجزها فيما يلي:

---

[1]) بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكةالأنترنت، مرجع سابق، ص157.

[2]) د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الفوري ، مرجع سابق، ص170.

[3]) د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الإلتزام ، مرجع سابق، ص68.

[4]) Christine SOUCHON, Les vices du Consentement dans le contrat, op.cit, p58.

[5]) د/ محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التليفون ، النسرالذهبي للطباعة، القاهرة، 2000، ص75.

[6]) د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية ، مرجع سابق، ص75.

- إلتزام الأطراف المتعاقدة بالدقة في تعاملهم وإستعمال التعبير السليم حتى لا يستدل منها أنها أمرا بالشراء ويقع عليهم تبعات القبول[1].

- الإنضمام إلى معاهدة "بروكسل لسنة 1924 المعدلة عام 1957 والإستفادة من الإلتزامات الواردة فيها فيما يتعلق بالتعويض عن حوادث الإحتيال والغش.[2]

- ضرورة تعديل التشريعات الوطنية لاسيما العقابية منها لردع مثل هذه المعاملات لتسليط العقوبات على مرتكبيها.

- تدريب رجال البحث الجنائي ورجال القانون على أحدث التقنيات الحديثة في مجال الإتصالات لفهمها وإستيعابها للتوصل إلى الكشف عن مرتكبي الجرائم الإلكترونية.

- الإنضمام إلى معاهدة بودابست لمكافحة جرائم نظم وشبكات الإتصالات[3].

ينبغي الإشارة إلا أن عيب الإستغلال لا يتميز بأية خاصية في العقود الإلكترونية ، وإن كان متصور الوقوع، كحالة وقوع المستهلك ضحية طيشه وهواه الجامح في علاقة تعاقدية لمجرد أن طرفها الآخر شخصية إجتماعية بارزة مثلا ، فإن حدث أن استغلت هذه الشخصية طيش هذا المتعاقد وضعف نفسه لتعقد معه، ونتج عن ذلك إختلال فادح في التوازن العقدي بين قيمة المبيع والثمن ، يتحقق عيب الإستغلال الذي يشوب الإرادة، إلا أن حدوثه في المجال الإلكتروني أقل إحتمالا وأبعد تصورا .

---

[1]) محمد حسن رفاعي العطار،البيع عبر شبكة الأنترنت ، مرجع سابق، ص97.

[2]) آمال حابت، استغلال خدمات الأنترنت ، مرجع سابق، ص92.

[3]) محمد حسين رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الأنترنت، مرجع سابق ، ص98.

الفصل الثاني

الأحكام العامة للتراضي الإلكتروني

من الوارد أن يتم العقد الإلكتروني لا سيما عقد البيع بين أشخاص عاديين أو بين مهنيين وبعضهم ، والغالب أن يتم هذا النوع من العقود بين طرفين أحدهما مهني والآخر غير مهني أي بين تاجر ومستهلك عادي .

لما كان المستهلك هو المحرك الأساسي للنشاط الإقتصادي في أي مكان، فإنه بات من الضروري أن توفر له الحماية اللازمة في مواجهة المهني، الذي يتعامل معه مستغلا مركزه وخبرته لإبرام عقود تتضمن شروطا أقل ما توصف به أنها تعسفية [1]، لذا وضع القانون النموذجي "اليونسترال" الذي لا يسري إلا في حالة التعاقد بين تاجر ومهني ، وبذلك يخرج عن مجال تطبيقه المتعاقدين المهنيين وحدهم أو المستهلكين وبعضهم .

المستهلك هو كل من يبرم عقدا يكون محله شراء سلعة أوخدمة لتحقيق رغباته، وإشباع حاجاته الشخصية والعائلية، كأن يشتري مواد غذائية أوأدوات كهرومنزلية أو غيرها ، فلا يعتبر مستهلكا التاجر الذي يبرم عقودا بهدف خدمة مشروعاته الإنتاجية ، ويعتبر كذلك إذا تخلى عن صفته كتاجر، وأبرم عقدا من عقود الإستهلاك قصد إشباع رغباته الشخصية أو العائلية [2].

إن إعادة التوازن بين التاجر والمستهلك لا يتحقق إلا بتحديد إلتزامات كل طرف على حدى ، بإعتبار أن جل هذه الإلتزامات تقع على التاجر بإعتباره الطرف الأقوى إقتصاديا، فضلا عن إمتلاكه الخبرة الفنية اللازمة سواءا بنفسه إذا كان متخصصا أو عن طريـــــق الإستعانة بخبراء كلما لزم الأمر [3] ، للترويج عن سلعته باستخدام أساليب دعاية مغالى فيها وطرق إبهار وإغراء المستهلك .

---

[1]) د/ محمد حسن رفاعي العطار ، البيع عبر شبكة الأنترنت، مرجع سابق، ص 85.

[2]) د/عبد الحكيم مصطفى، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية ، مصر، 997 ، ص 25 .

[3]) د/محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الأنترنت ، مرجع سابق ، ص41.

وما دام أن التعبير عن إلتزامات كلا الطرفين يتم عن طريق الإيجاب والقبول ، فإن صيغة هذين الأخيرين تتسم بنوع من الخصوصية تميزها عن نظيريهما في العقود العادية (المبحث الأول) .

الأصل في التعاقد أن يبرم العقد خلال الوجود المادي للمتعاقدين في إطار ما عرف بمجلس العقد ، لتبادل الإيجاب والقبول، إلا أن الأمر ليس كذلك في شتى الأحوال ، لا سيما بعد إنتشار وسائل الإتصال الحديثة التي استطاعت أن تربط الأشخاص عبر بقاع مختلفة من العالم في ثوان معدودات ، فيتم إبرام العقد دون أي تعاصر مادي للأطراف .

الواقع أن هذه الظاهرة ليست حديثة بالنظر إلى العقود المبرمة عن بعد عن طريق الرسل أو الهواتف ،إنما الجديد هو الوسيلة المستعملة لإبرام العقد وهي شبكة الانترنت ، والشيء الذي يزيد الأمور تعقيدا هو كون الظاهرة لم تعد داخلية تخص قانونا معينا يمكنه أن يتولاها بالتنظيم كيفما يشاء، بل أضحت ظاهرة دولية تكون العقود التي تبرم بهذه الطريقة في الغالب بين أشخاص متواجدين في دول مختلفة ، مما يعقد مسألة تنظيم أحكام توافق الإرادتين (المبحث الثاني) .

المبحث الأول

صيغة التعبير عن الإرادة الإلكترونية

مما لا شك فيه أن العقد الإلكتروني يتم مثله مثل أي عقد بتبادل الطرفين المتعاقدين التعبير عن إرادتين متطابقتين، فالإرادة بإعتبارها مكونة للرضا ليس لها أية قيمة قانونية إلا إذا تم التعبير عنها ، فبمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ينعقد العقد ، طبعا مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد (1).

يجوز التعبير عن الإرادة بوسائل الاتصال الحديثة ، بشرط أن تكون إرادة جادة غير هازلة ، وحقيقية غير صورية، فلابد إذن لتوافر الرضى في العقد أن تخرج الإرادة المقصودة من نفس صاحبها إلى العام الخارجي الملموس، ويكون ذلك عن طريق المظاهر المادية الدالة عليها كالكلام والكتابة أو الإشارة أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود.(2)

يثير التعاقد الإلكتروني العديد من التحديات للنظم القانونية القائمة ، ذلك أن العلاقات التجارية التقليدية قامت منذ فجر النشاط التجاري على أساس الإيجاب والقبول بخصوص أي تعاقد، كالإلتزام البائع بتسليم المبيع ضمن نشاط ايجابي خارجي ملموس ويقوم المشتري بدفع الثمن نقدا أو عن طريق الشيكات، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للعقد الإلكتروني، فرغم أنه يتطلب لانعقاده ما يتطلبه أي عقد آخر من حيث توفر الإيجاب والقبول والمحل والسبب والثمن وجميع شروط العقد ، لكنه يختلف عن غيره من العقود بكونه ينعقد دون

---

[1]) د/ شحاتة غريب محمد شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 85.

[2]) د/سمير برهان، "إبرام العقد في التجارة الالكترونية"، العقود والاتفاقات في التجارة الإلكترونية، 2007، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، ص 70.

أن يكون لطرفيه حضور مادي بمجلس العقد وقت انعقاده ، حيث يختلف مكان تواجد كل طرف عن مكان الآخر، فبينهما بعد جغرافي[1]، ويجمعهما مجلس عقد حكمي[2].

إن تمييز الإيجاب الإلكتروني عن التقليدي بكونه يتم باستخدام وسيط الكتروني جعله يتمتع بخصوصية تثير جملة من المشكلات النوعية بسبب خطورة الآثار التي يمكن أن تنجر عنه، فمجرد النقد (click) على الفأرة لقبول مطابق يعني توافق الإرادتين على إبرام العقد، لذا يتعين دراسة الإطار القانوني لهذا الإيجاب ، بدءا بتحديد مفهومه وصولا إلى نطاقه المكاني والزماني(المطلب الأول).

نفس الخصوصية نجدها في القبول الإلكتروني الذي أصبح يتم بواسطة وسيط إلكتروني، فمجرد النقر أو الضغط على الزر الموجود في لوحة المفاتيح (Inter) أو الضغط على خانة القبول(Accept) الموجودة على شاشة الكمبيوتر يعني موافقة الطرف الآخر وقبوله شروط العقد ، مما يتطلب ضرورة تحديد مفهوم القبول الإلكتروني ومداه الزماني والمكاني(المطلب الثاني).

المطلب الأول

الإيجاب الإلكتروني

يعتبر الإيجاب الخطوة الأولى في إبرام كافة العقود، فهو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد، ولكي يتم العقد ينبغي أن يكون هناك عرض من طرف أحد الأشخاص إلى آخر أو آخرين ، بقصد إبرام عقد ما للحصول على قبول لهذا العرض[3].

---

[1]) د/إبراهيم رفعت الجمال، انعقاد البيع بوسائل الاتصال الحديثة (دراسة فقهية مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 113.

[2]) مجلس العقد الحكمي هو المجلس الذي يكون فيه أحد الطرفين غائب.

[3]) د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق، ص 108.

كي يكون التعبير عن الإرادة إيجابا يجب أن يكون قد استقر عليه نهائيا من طرف الموجب، بمعنى يكون جازما وكاملا وباتا[1]، وأن يتضمن الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، إضافة إلى توفر نية إبرام العقد ، الشيء الذي يثير مشكلة التفرقة بين الإيجاب والدعوة للتفاوض.

إن الهدف من هذه الدراسة ليس التعرض لمسألة الإيجاب بمعناه التقليدي، إنما البحث عن أوجه الخصوصية للإيجاب في مجال البيئة الالكترونية ، وهو ما يدعو إلى ضرورة تحديد ماهية الإيجاب الإلكتروني(الفرع الأول) ، ثم تحديد شروطه (الفرع الثاني).

الفرع الأول : ماهية الإيجاب الإلكتروني

أتاحت تقنية الحاسب الآلي التعبير عن الإرادة من خلال الشبكات الإلكترونية المغلقة والمفتوحة، لاسيما عبر البريد والمواقع الإلكترونية .

ولما كان التكييف القانوني للعقود الإلكترونية بأنها العقود التي تبرم عن بعد بين غائبين من حيث المكان، فإن استخدام شبكة الانترنت في التعاقد من شأنها أن تقضي على مشكل الفارق الزماني بين صدور الإيجاب وصدور القبول ، فيتبادل الطرفان الإيجاب والقبول ، كما لو كانا مجتمعين في مجلس عقد واحد مع أن الواقع هو عكس ذلك تماما.

يتطلب الإلمام بالإيجاب الصادر عبر شبكة الانترنت التطرق لمفهوم هذا الإيجاب (أولا) ، ثم كيفية تمييزه عما يشتبه به (ثانيا) ، وأخيرا إمكانية التحفظ فيه (ثالثا).

أولا: مفهوم الإيجاب الإلكتروني:

لم تتضمن معظم القوانين نصا يعرف الإيجاب ، بل ترك ذلك للفقه والقضاء، فبالرجوع إلى الفقه نجد عدة تعاريف للإيجاب منها :" الإيجاب تعبير بات عن الإرادة

---

[1]) د/ العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 69.

الأولى التي تظهر في العقد عارضة على شخص آخر إمكانية التعاقد معه ضمن شروط معينة"[1].

كما عرف الإيجاب بأنه :"التعبير البات المنجز الصادر من أحد المتعاقدين والموجه إلى الطرف الآخر بقصد إحداث أثر قانوني"[2]، وعرف كذلك بأنه: " عرض جازم كامل للتقاعد وفقا لشروط معينة يوجهه شخص إلى شخص معين أو إلى أشخاص غير معينين بذواتهم أو للكافة"[3] .

ومن جانب القضاء فقد عرفته محكمة النقض المصرية : "بأنه العرض الذي يعبر به الشخص على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين ، بحيث إذا أقترن به قبول مطابق له انعقد العقد".[4]

أما محكمة النقض الفرنسية فقد عرفته بأنه: "عرض يعبر به الشخص عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث يكون ملتزما به في حالة قبوله من المتعاقد الآخر".

من هذه التعريفات يتضح أن للإيجاب شروط عامة ينبغي توفرها ، وهي أن يكون جازما، بمعنى أن تكون إرادة الموجب مصممة عازمة نهائيا على إبرام العقد، أن يكون كاملا ، وذلك بأن يتضمن جميع العناصر الأساسية للعقد المزمع إبرامه ، بينما المسائل التفصيلية فتنظمها القواعد العامة[5].

فإن كان هذا هو تعريف الإيجاب بصفة عامة وهذه هي خصائصه، فما هي أوجه الخلاف بينه وبين الإيجاب الإلكتروني ؟ للإجابة على هذا التساؤل ينبغي التطرق إلى

---

1) Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Eric SAVAUX, Les obligations, op.cit, p102.

2) د/ نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 34.

3) د/أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص68 ، راجع كذلك : د/ محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الأنترنت ، مرجع سابق، ص 71.

4)د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الفوري ، مرجع سابق، ص 101.

5) محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت ،دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 97.

أوجه الخلاف من حيث التعريف والخصائص، ثم تمييزه عن غيره من العروض التي تطرح في البيئة الإلكترونية .

1-تعريف الإيجاب الإلكتروني:

يمكن أن يتم التعبير عن الإيجاب عبر تقنيات الاتصال الإلكترونية منها الانترنت باستخدام البريد الإلكتروني أو الموقع التجاري ، ولما كان العقد المبرم عبر الانترنت يندرج من الناحية التشريعية في طائفة العقود التي تبرم عن بعد، فإن تعريف الإيجاب فيه يجب أن يتم في ظل تعريف الإيجاب في هذه العقود .

تنص المادة1/11 من قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على أنه: "في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته وقابليته لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض".

وقد تضمن البند 2/3 من مشروع العقد النموذجي في شأن المعاملات الإلكترونية والملحق بقانون الأمم المتحدة النموذجي ما يلي:"تمثل الرسالة إيجابا إذا تضمنت إيجابا لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين ما داموا معرفين على نحو كاف وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول ولا يعتبر إيجابا الرسالة المتاحة إلكترونيا بوجه عام ما لم يشر إلى غير ذلك".(1)

يعطي التوجيه الأوروبي رقم 8-98 الصادر في 20 ماي 1998 المتعلق بحماية المستهلك في العقود عن بعد تعريفا للإيجاب (2)كما يلي:" كل اتصال عن بعد يتضمن كل

---

(1) د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الفوري، مرجع سابق، ص 104.

(2) د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص 69.

العناصر اللازمة ، بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"[1].

هذا التعريف يتلاءم وطبيعة التجارة الإلكترونية التي تقوم أساسا على التبادل الإلكتروني للبيانات والمعلومات ، وخصوصا ما ارتبط بالشيء المبيع Echange des données informatisées فيستعين بها المنتج لتوجيه الإيجاب إلى الجمهور في صورة مغرية وجذابة[2] .

وقد ذهب جانب من الفقه إلى تعريف الإيجاب الإلكتروني بكونه:"تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد ، بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة"[3].

وقد انتقد هذا التعريف بكونه قصر مفهوم الإيجاب الإلكتروني على التعبير عن الإرادة عبر شبكة الانترنت ، وهذا يتعارض مع مفهوم تقنيات الاتصال الحديثة ، ومن الخطأ أن نربط مفهوم الإيجاب الإلكتروني بوسيلة اتصال معينة، لا سيما أن وسائل الاتصال الحديثة عن بعد تعتمد على تقنيات الكترونية تفوق في تطورها الدراسات القانونية التي تلاحقها، كما أن المشرع يهدف عند وضعه للقانون إلى تحقيق صلاحية هذا القانون لفترة زمنية طويلة قبل أن تناله رغبة في التعديل، وذلك حرصا على استقرار المعاملات في المجتمع.

---

[1]) د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الفوري ، مرجع سابق، ص 104.

[2]) د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 317.

[3])د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الفوري ، مرجع سابق، ص 105.

يعتبر الانترنت آخر ما توصل إليه العلم الحديث من تقدم تكنولوجي في مجال الإعلام والاتصال، إلا أنه سيصبح في بضع سنوات وسيلة قديمة مقارنة بالوسيلة الجديدة التي ستظهر تحت اسم الفضاء المصطنع[1].

من خلال هذه الانتقادات الموجهة لمختلف التعاريف المذكورة سالفا ، يمكن إعطاء تعريف شامل وأقرب إلى الصواب للإيجاب الإلكتروني :

" الإيجاب الإلكتروني تعبير جازم عن الإرادة ، يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال سواء مسموعة أو مرئية أو كليهما ، ويتضمن كافة الشروط والعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه ، بحيث ينعقد به العقد إذا ما تلاقى مع القبول"[2] ، ويتجلى من هذا التعريف أنه من حيث الأساس، لا يختلف تعريف الإيجاب المعبر عنه عبر تقنيات الاتصال الحديثة عن مفهومه العام، فما هي إذن أهم خصوصيات الإيجاب الإلكتروني؟

2/ خصوصيات الإيجاب الإلكتروني:

يخضع الإيجاب الإلكتروني لذات القواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي ، إلا أنه يتميز ببعض الخصوصيات التي تتعلق بطبيعته وكونه يتم من خلال شبكة عالمية للاتصالات والمعلومات، إذ تسمح هذه الوسيلة لمن يصدر عنه الإيجاب باستخدام وسائل الإيضاح البياني أكثر ملائمة بالنسبة لأنواع معينة من البيوع، ولا يبدو أن استخدام مثل هذه الوسائل قد تثير مشكلة في حد ذاته، إذ يكفي أن يحترم الإيجاب مقتضيات الشفافية والوضوح التي تفرضها القوانين الحديثة لكي لا يعد إيجابا مضللا ، وهذا ما أكده قانون الإستهلاك الفرنسي، الذي إشترط على سبيل المثال أن تعبر صورة الشيء المعروض

---

[1]) في الفضاء المصطنع سوف تستبدل شاشة الحاسوب بنظارات حساسة للحركة تدور في كل الاتجاهات وتستبدل فأرة الحاسوب Mousse بكرة صغيرة متحركة بما يتيح للمستعمل التحرك بسهولة في فضاء حقيقي أو خيالي دون استعمال أوامر أو رموز أو نصوص ،راجع في ذلك : محمد السعيد رشدي ، الأنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلوماتية، مرجع سابق، ص 19.

[2])د/محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق ، ص 67.

للبيع تعبيرا أمينا عن هذا الشيء، الشرط الذي يمكن تحقيقه باستعمال تقنية الصور ثلاثية الأبعادD3 دون أية صعوبة[1].

ينبغي الإشارة إلى أنه في بعض الدول الأوروبية مثل ألمانيا وإنجلترا يختلف تعريف الإيجاب عما هو معروف، فهو الإرادة التي تقابل العرض المقدم من طرف البائع أي هو رد المشتري أو المستهلك.

وعلى هذا الأساس فإن الإيجاب في هذه الدول لا يتمثل في المعلومات الواردة من طرف البائع ، بل في الإقتراح الوارد من طرف المشتري، فالبائع لم يتقدم إلا بدعوة لتقديم إيجاب.

يتميز إذا الإيجاب الإلكتروني ببعض الخصائص التي تقتضي الخروج عما هو مستقر عليه في القواعد العامة، ويمكن حصر هذه الخصوصيات في كونه عالمي يتم عن بعد عبر وسيط إلكتروني ، يتميز بالإستمرارية ، له طابع جازم تحقيقا لأغراض معينة.

أ /الإيجاب الإلكتروني عالمي يتم عن بعد عبر وسيط إلكتروني:

إن إبرام العقد الإلكتروني عبر وسائل الاتصال المختلفة يجعل منه عقدا مبرما عن بعد، وبالنتيجة يكون الإيجاب في هذه الحالة صادرا عن بعد، وبذلك فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود عن بعد ، سيما التي أشار إليها التوجيه الأوروبي رقم 97/7 ، وكذا المرسوم الفرنسي رقم 2001/741 الصادر في 2001/08/23[2] .

ولما كان الإيجاب الالكتروني يتطلب وجود وسيط إلكتروني هو مقدم الخدمة ، والذي قد يكون سمعيا أو بصريا أو مصورا أو مكتوبا ، فإن هذا يحول دون أن يكون الموجب هو نفسه مقدم الخدمة ، فالأكيد أن هناك آخرون يشاركون في تقديم تلك الخدمة إذ هناك

---

[1]) Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Eric SAVAUX, Les obligations, op.cit, p107et108.

[2]) د/ ناصر حمودي ، النظام القانوني لعقد البيع ...، مرجع سابق، ص157.

العديد من يساهم في الاتصال ومنهم عامل الاتصالات، مورد المعلومة مورد المنافذ... الخ [1] ، وهذا ما يصعب من مهمة التأكد من هوية وشخصية الموجب .

ب/ إستمرارية الإيجاب الإلكتروني :

لقد حل البريد الإلكتروني محل الكلام الذي كان يعبر عن إرادة أطراف العقد ، فيتم إرسال الإيجاب من خلال المواقع الإلكترونية (web sit) مباشرة ، سواء تم من خلال العرض المباشر ، أو من خلال الاستعانة بالكاميرات الخاصة الموصلة بالحاسوب، والتي تقوم بنقل الصورة مباشرة للطرف الآخر ، فهي لا تختلف عن الإيجاب الموجه من خلال التلفاز أو الصحف أو أية وسيلة تقليدية ، إلا من حيث الاستمرارية، إذ يقتصر الإيجاب بالطرق التقليدية على مدة زمنية معينة في حين يستمر الإيجاب عبر شبكات الانترنت على مدار الأربع والعشرين ساعة ولكافة بقاع الأرض دون تحديد.

يتميز الإيجاب الإلكتروني بميزة أساسية تتمثل في الاستمرارية، بحيث يستطيع الموجه له الإيجاب في كل وقت أن يعود ليقرأ مرة أخرى الكتالوج أو الإعلان الموجود على الموقع الإلكتروني أو الصندوق الإلكتروني.[2]

ج/ الالتفاف حول الطابع الجازم للإيجاب تحقيقا لأغراض معينة:

لقد وفر استخدام الأنترنت على البشرية الوقت والجهد من خلال العلم بالمستجدات في العالم دون إعطاء أهمية لعوائق الحدود التي كانت في السابق تحول دون تقدم التجارة.

---

[1]) د/خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق، ص 252.

[2]) Thibault VERBIEST, Commerce électronique, le nouveau cadre juridique, Larcier, Bruxelle, 2004, p91.

يختلف الإيجاب الإلكتروني عن التقليدي بكونه لا يأتي ضمن تصور واحد وذلك انسجاما مع تعدد أشكال تبادل البيانات عبر الشبكة، فهناك العرض الخاص والعرض العام[1].

إذن للإيجاب الالكتروني ميزة استهداف العرض لأشخاص معينين ، وهو ما يسمى بالإيجاب الخاص ، ويتم في الغالب في عروض التعاقد بواسطة البريد الالكتروني أو برنامج المحادثة (chatting) ، وذلك في الحالة التي يرغب فيها التاجر أن يخص بالإيجاب الأشخاص الذين يرى أنهم يهتمون بمنتوجه، فيقوم بإرسال رسالته الإلكترونية إلى صناديق البريد الإلكتروني الخاصة بهم، وبمجرد وصول هذه الرسالة لعلم المرسل إليه بفتحه لصندوق خطاباته تبدأ فعالية الإيجاب [2]، وتسمح للمرسل إليه بالرد على الرسالة بالقبول أو الرفض أو السكوت عليها.

تسمح تقنية الإيجاب الخاص بإيصال الإيجاب للمرسل إليه بسهولة ، كما تسمح بالتأكد من توفر شروط الإيجاب القانونية، لا سيما أن يتضمن هذا الأخير جميع الالتزامات التي ترد في العقد، إلا أن الواقع العملي أكد عكس ذلك إذ عادة ما يتحاشى التاجر الالتزام إلى حد بعيد، وذلك لحماية نفسه من أي طارئ، وحتى يعتبر عرضه مجرد إعلان يعطيه الحق في التراجع رغم قبول من وجه إليه الإيجاب حسب الظروف ، مثل نفاذ مخزونه في وقت معين، أو ارتفاع الأسعار.[3]

وقد يكون الإيجاب عاما موجها إلى أشخاص غير محددين[4] ، وهذا ما يحدث عادة في مواقع الويب Web التجارية المنتشرة على شبكة الانترنت، ففي هذه الحالة فإن العميل

---

[1]) د/ عمر خالد زريقات ، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 119.

[2]) د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص 70.

[3]) د/ محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، مرجع سابق، ص 61.

[4]) د/ عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية ، مرجع سابق، ص 121.

المحتمل غير محدد بعينه، ويكون لكل مستعملي الشبكة الحق في الرد على الإيجاب وفي التعاقد.

يترتب على هذه التفرقة نتائج وآثار قانونية مختلفة، إذ في الإيجاب العام الموجه إلى الجمهور لا تكون شخصية القابل ذات أهمية بالنسبة للموجب ولذلك أي شخص يستطيع التقدم بالقبول، إلا أن هناك من يتمسك بنهاية مفعول الإيجاب بالنسبة للآخرين بمجرد تقدم شخص بالقبول ، كما لو كان موجها لشخص محدد ، وهذا ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية[1] ، وهناك من يتمسك بانعقاد العقد لجميع من أبدى قبوله، وهذا ما يثير مشكلة نفاذ المخزون إذا قبله عدد كبير من مستعملي الشبكة، لذا يقترح احتفاظ التاجر بإمكانية الرجوع في عرضه حتى لا يكون ملتزما بموجب هذا العرض بمجرد صدور قبول من الغير [2] .

ما دام أن عدم تنفيذ أحد الأطراف لإلتزامه الوارد في العقد سيؤدي إلى تحميله المسؤولية العقدية ، فإنه لتفادي تحمل هذه المسؤولية ينبغي أن ينص الموجب في إيجابه على أن العرض الصادر منه ليس إلا دعوة للدخول في مفاوضات أو دعوة للتعاقد [3] بطريقة واضحة لا يمكن الالتفاف حولها وذلك باستعمال بعض العبارات منها :" دون تعهد Sans engagement " أو"بعد التأكيدAprès confirmation " ، لا يشكل وثيقة تعاقدية « ne constitue pas un document contractuel " [4] ، وهذا ما يجعل من إجابة

---

[1]) د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 250.

[2]) لقد جرى العمل على تنظيم مسألة نفاذ المخزون، فنصت الشروط العامة للمركز التجاري « Infonie » بفرنسا على بعض الالتزامات في حالة عدم توافر السلعة منها : " أننا ملتزمون في حالة التي لا تتوفر فيها بعض القطع أن نقدم لكم قطعا بديلة تتوافر بها المميزات والصفات وبجودة مماثلة أو بجودة أعلى وبسعر مساو أو أكثر أو بأن نرد لكم ما دفعتموه، وعلى أي حال فسوف نوافيكم برسالة إلكترونية توضح ما إذا كانت السلعة متوفرة ، فلا تنسو مراجعة بريدكم الإلكتروني بانتظام" ، راجع ذلك بالتفصيل : د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص 82.

[3]) د/نضال إسماعيل برهم ، أحكام عقود التجارة الإلكترونية ، مرجع سابق، ص 39.

[4]) Thibault VERBIEST, Commerce électronique, op.cit, p90.

المرسل إليه إيجابا وتكون بعد ذلك رسالة البائع قبولا ، ويكون المعلن في الموقف الأقوى كونه كان يجيب على التساؤلات المطروحة ، والتعاقد يتم بناءا على إجابته عليها[1] .

وقد ثار خلاف فقهي حول هذا التحفظ ، وفيما إذا كان يتعارض مع كون الإيجاب جازما، وقد ظهر رأي فقهي يرى أن العرض الذي يتضمن عبارات تحفظية لا يعتبر إيجابا وإنما مجرد دعوة للتعاقد ، في حين يرى الرأي الثاني أن الإيجاب الذي يتضمن تحفظا مثلا " حتى نفاذ المخزون" لا يسلب الإيجاب صفته ، إنما يحدد نطاقه بنفاذ المخزون[2].

ليس للإيجاب في الأصل أية قوة ملزمة، إذ للموجب الحق في الرجوع عن إيجابه ما دام لم يقترن به قبول- بإستثناء حالة اقتران الإيجاب بأجل للقبول - إلا أن الفقه القانوني الحديث ساغ القوة الملزمة للإيجاب الإلكتروني لتوفير الثقة في التعامل بناءا على أن الموجب لا يصل إلى مرحلة الإيجاب إلا بعد مفاوضات بينه وبين الطرف الآخر وأن الرجوع عن الإيجاب قد يرتب أضرار بالغة للموجه إليه[3].

إن إضفاء القوة الملزمة على الإيجاب الإلكتروني يستدعي ضرورة التمييز بينه وبين باقي العروض التي تظهر عبر شبكة الإتصالات الحديثة ؟

ثانيا: تمييز الإيجاب الالكتروني عما يشبهه:

عند الإبجار عبر تقنيات الاتصال الحديثة تواجه عادة العديد من العروض التي لا يعلم منها إذا ما كانت إيجابا يهدف إلى إيجاد قبول مطابق له ، أم أنها من باب الإعلان أو الدعاية عن منتوج أو خدمة معروضين ، أم أنها مجرد دعوة للتعاقد أي دعوة لتقديم إيجاب من الطرف الثاني؟.

---

[1]) د/ محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، مرجع سابق، ص 60.

[2])د/ عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية ، مرجع سابق، ص 122.

[3]) د/ عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري ، مرجع سابق، ص 112.

1/ الحد الفاصل بين الإيجاب والإعلان:

يعرف الإعلان بأنه: "كل شكل من أشكال الاتصال في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو فني بهدف الدعاية لتوريد أشياء أو خدمات[1] "،كما يعرفه البعض بأنه: "جذب الانتباه إلى إعطاء معلومات عامة عن المميزات المدعى بها".

إن المطلع على شبكة الانترنت يلاحظ بأن خدمة مواقع الويب تعتبر محور العرض على هذه الشبكة ، وهي الخدمة الأكثر شيوعا ورواجا لتقديم العروض والإعلانات إلى جمهور مستخدمي الانترنت ، حتى غدت هذه الخدمة أكبر واجهة عرض يعرفها الإنسان.

يمكن من خلال مواقع الويب عرض المنتجات وبيان أسعارها بدقة، بل يمكن أن ترفق هذه العروض بصور حركية أو ذات أبعاد ثلاثية لهذه المنتوجات فيقترب عرضها في هذه الحالة من المشاهدة الحقيقية لها.

والسؤال المطروح هو ما التكييف القانوني لعرض المنتوجات مع بيان أسعارها على مواقع الويب، هل تعتبر إيجابا أم مجرد إعلان أم دعوة إلى التعاقد ؟ القاعدة العامة أن كل إيجاب عبارة عن إعلان يهدف إلى إستقطاب من وجه لهم[2] ، فمتى يبقى العرض إعلانا ومتى يصبح إيجابا؟.

لقد ألقى الخلاف بين التشريعات حول مسألة عرض المنتجات مع بيان أسعارها في المتاجر العادية ظلاله على موقف الفقه من مسألة عرض المنتجات على مواقع الويب مع بيان أسعارها وقد ظهر هناك موقفين[3] ، أحدهما يرى أن الإعلان لا يعتبر إيجابا ، والثاني يرى صعوبة التفرقة بينهما .

---

1) محمود السيد عبد المعطي خيال ،الأنترنت وبعض الجوانب القانونية، مرجع سابق، ص 120

2) Thibault VERBIEST, La protection juridique du cyber-consommateur, Litec, Paris, 2002, p59.

3) د/ عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية ، مرجع سابق، ص 126.

أ/ الإعلان لا يعتبر إيجابا في المجال الإلكتروني:

يرى أصحاب هذا الرأي أن الإعلان لا يعتبر إيجابا ، وإنما مجرد دعوة للتعاقد، وذلك بسبب عدم تعيين الشخص المقصود بالإيجاب، فضلا عما يحمله هذا النوع من الإعلان من ضغط معنوي على المستهلك، وتحريض له على شراء سلع غير ضرورية.[1]

يرى هذا الإتجاه أن عرض المنتجات في جميع الأحوال لا يعتبر إيجابا حتى وإن ذكرت الأسعار وحددت المواصفات ، ويعتبر أصحاب هذا الرأي أن ضغط الشخص على المؤشر الخاص بالمنتج المعروض على صفحة موقع الويب يعتبر إيجابا موجها منه إلى صاحب الموقع ، يجوز لهذا الأخير قبوله أو رفضه[2]

يؤيد بعض الباحثين هذا الرأي، ومنهم الدكتور خالد ممدوح إبراهيم و الدكتور عمر خالد زريقات، اللذان يريان أن هذا الرأي يتفق مع طبيعة ومستلزمات عقود التجارة الالكترونية، فقد يتسلم المنتج مئات أو آلاف الرسائل الإلكترونية بالموافقة على شراء السلع المعروضة، إلا أنه قد يعترضه مشكل عدم كفاية الكمية المعروضة أو كفايتها مع ارتفاع الأسعار عما كانت عليه وقت لإعلان ، فاعتبار العرض الصادر من المنتج إيجابا يؤدي إلى إلتزام هذا الأخير بتوفير الكميات الزائدة وبالأسعار المعروضة ، وهذا ما يؤدي حتما إلى تعرضه للخسارة الكبرى[3]. يرى أصحاب هذا الرأي أنه لتفادي هذه الخسارة ينبغي اعتبار الإعلان الإلكتروني الموجه للعامة مجرد دعوة للتعاقد لتمكين العارض من

---

[1]) د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الفوري ، مرجع سابق، ص105.

[2]) محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص 129.

[3]) د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 204 ، وكذلك : محمد خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 129.

رفض الطلبات الزائدة حسب الكميات المتوفرة لديه ، وتعديل الأسعار حسب تذبذبها صعودا وهبوطا.[1]

وقد سايرت هذا الاتجاه بعض الأنظمة القانونية الوصفية كالقانون الكويتي الذي اعتبر العرض الموجه للجمهور مجرد إعلان : " أما النشر والإعلان وإرسال أو توزيع قوائم الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو لأفراد معينين، فلا يعتبر متضمنا إيجابا ما لم يظهر العكس من ظروف الحال".

كما سايرت هذا الاتجاه اتفاقية فينا بشأن البيع الدولي للبضائع لعام 1980 في مادتها 2/14 التي نصت أنه يستلزم في الإيجاب أن يكون موجها إلى شخص أو مجموعة أشخاص، واعتبرت أن العرض الذي يخلو من تحديد الشخص أو الأشخاص الموجه إليهم بمثابة دعوة إلى الإيجاب أو دعوة للتفاوض ما لم يتضح أن إرادة الأطراف اتجهت إلى خلاف ذلك ، أي أن الإعلان يعتبر إيجابا إذا تضمن ما يفيد إلتزام الشخص بابرام العقد في حالة صدور قبول مطابق.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن: "طرح مناقصات التوريد وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد كالنشرات والإعلانات لا يعتبر إيجابا إنما مجرد دعوة إلى التفاوض"[2]، بمعنى أن الإيجاب هو ما يصدر ممن تقدم بعطائه بالشروط المبينة فيه ويتم القبول بالموافقة على العطاء متى صدرت هذه الموافقة ممن تملكها[3].

---

[1]) د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 204 ، وكذلك : محمد خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 129.

[2]) سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الفوري، مرجع سابق، ص 106.

[3]) قضت محكمة النقض المصرية بكون "الإعلان الموجه للجمهور الصادر عن شركة النصر لصناعة السيارات عن فتح باب الحجز للسيارات التي تنتجها لا يعدو أن يكون دعوة للتعاقد وأن طلب حجز السيارة المقدم إلى الشركة الموزعة هو الذي يعتبر إيجابا، وبذلك نقضت الحكم الذي اعتبر الإعلان الموجه من الشركة إيجاب بالبيع ملزما لها. راجع في ذلك: خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 262.

ب/ صعوبة التفرقة بين الإيجاب والإعلان في المجال الإلكتروني

موازاة مع الرأي السابق ظهر رأي أكثر موضوعية، يرفض أن يلقي وصفا مجملا على كافة العروض الموجهة للجمهور، ويرى أن التفرقة بين الإيجاب والإعلان قد تصح بالنسبة للعقود التي تبرم بالوسائل التقليدية، إلا أنها تصعب في التعاقد لإلكتروني [1]، خاصة إذا تضمن الإعلان كافة العناصر الضرورية للعقد[2].

لقد إختلف أصحاب هذا الرأي في تحديد محور الإرتكاز في اعتبار العرض الموجه للجمهور إيجابا، فهناك من إعتمد على تحديد الثمن من عدمه، فإن حدد السعر عد إيجابا[3] وإذا لم يحدد عد دعوة للتعاقد، في حين إعتبر البعض الآخر كل عرض موجه للجمهور إيجابا بالمعنى الصريح ما دام مضمونه محددا تحديدا نافيا للجهالة بما فيه تحديد السعر والعناصر الأساسية للتعاقد[4]، أي أن يعبر الإيجاب عن إرادة باتة ونهائية للتعاقد ويكون خاليا من أي لبس أو غموض ومحددا بشكل كاف، كأن يعلن في عقد البيع الإلكتروني عن الشروط الجوهرية للتعاقد، طبيعة المنتوج أو الخدمة، تحديد الثمن، كيفية السداد، الميعاد والمكان والتسليم .

وهناك من يرى أن الفيصل في التفرقة بين الإيجاب والإعلان هو صياغة الإعلان نفسه ، ومدى إعتبار الألفاظ المستخدمة إيجابا أم مجرد دعوة للتعاقد، وهذه مسألة موضوعية يحسمها قاضي الموضوع بدراسة مدى توفر أركان العقد ونية الموجب لإبرام العقد[5]، والنية تستدل من وجود ما يفيد التزام الشخص بإبرام العقد، كأن يتضمن منح

---

[1]) محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الأنترنت ، مرجع سابق ، ص 74.

[2]) Olivier Poulet, Savoir négocier ses contrats, Delmas, Paris, 2007, p 65.

[3]) محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، ص 110 .

[4]) Jean BEAUCHERD, L’offre dans le commerce électronique, op.cit, p 38.

[5]) Olivier Poulet, Savoir négocier ses contrats, op.cit, p 65 .

الزبون الحق في إرسال رد عبر شبكة الويب يبين رغبته في التعاقد بناءا على العناصر الواردة في الإعلان [1].

يرى البعض الآخر أن الخصوصية في هذا المجال تبرز من خلال الوسائل المستعملة في العرض ، وهي وسائل سمعية بصرية متطورة يمكن من خلالها توفير العناصر الأساسية للعقد باستعمال تقنية الصور الثلاثية الأبعاد D3 لتونير الإيضاح اللازم لمن وجه إليه الرضى[2].

لقد أيد الدكتور محمود عبد الرحيم شريفات هذا الرأي للاعتبارات التالية:

1-إن توفر شروط الإيجاب من حيث كونه واضحا باتا محددا تحديدا كافيا يؤدي إلى اعتباره إيجابا ملزما ولا يوجد ما يدفع لاعتباره دعوة إلى التعاقد.

2-إن الواقع العملي لعرض المنتوجات على مواقع الويب يثبت أن معظم الحالات التي يختار فيها الشخص أي سلعة معروضة بالضغط على الصورة أو الاسم بواسطة المؤشر سيؤدي حتما إلى ظهور عقد نموذجي يحدد فيه مواصفات السلعة وثمنها، وشروط العقد التي تعتبر موحدة لجميع مستخدمي الموقع، وبالتالي فإن هذا العقد النموذجي بما يحتويه من بيانات وشروط هو إيجاب بات يتم قبوله من خلال إذعان المتعاقد الآخر لهذه الشروط وتسليمه لها.[3]

يعتبر الفقه الفرنسي أن الخاصية الأساسية التي تميز الإيجاب عن الإعلان في العقود الإلكترونية هي إمكانية تقديم الطلب عبر هذه التقنية ، كأن يرد في الإعلان عبارة "لتقديم الطلب إضغط هنا" « pour passer commande, clique ici » [4]

---

1) عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية ، مرجع سابق، ص 129.

2) د/ أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، مرجع سابق ، ص 67

3) محمود عبد الرحيم شريفات ،التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق ، ص 131.

4) Jean BEAUCHERD, L’offre dans le commerce électronique, op.cit, P38.

ويبرر الباحث محمد أمين الرومي تأييده لهذا الرأي بالأسباب التالية:

1- أن الإعلانات عبر الانترنت في الغالب لا يراعى فيها الاعتبار الشخصي.

2- أن هذه الإعلانات تتضمن جميع المسائل الجوهرية للعقد.

3- أن هذه الإعلانات غالبا ما يقترن بها شرط عدم الالتزام في حالة نفاذ المخزون

4- أن هذه الإعلانات موجهة لكافة المتعاملين على شبكة الانترنت.

وبناء على هذه الملاحظات يرى هذا الباحث أن الإعلان عبر شبكة الانترنت يعتبر إيجابا إلا في حالة واحدة وهي الاعتداد بشخصية المتعاقد [1].

2/ الإيجاب الإلكتروني والدعوة للتعاقد:

إن الدعوة للتعاقد والإيجاب كليهما تعبير عن الإرادة، فالأولى تدل على أن الأطراف لا يزالوا في مرحلة التفاوض على العقد، ومن ثم فإن الأطراف غير ملزمة بإبرام العقد، وينتهي التفاوض في اللحظة التي يصدر فيها الإيجاب، فعندما تنتهي المفاوضات ويدخل الطرفان في مرحلة إبرام العقد يقوم أحدهما بتوجيه إيجاب للطرف الآخر، فإذا صادفه قبول مطابق انعقد العقد [2] ، في حين أن الدعوة للتعاقد تسبق مرحلة االتفاوض [3]، مما يصعب التمييز بين الإيجاب والدعوة للتعاقد ، فيطرح التساؤل حول المعايير المعتمدة للتفرقة بينهما لاسيما في مجال البيئة الإلكترونية ؟.

اختلف الفقه حول اعتماد معايير التفرقة بين الإيجاب الإلكتروني والدعوة للتعاقد وظهر رأيان ، أحدهما يرى أن الفارق بينهما هو فارق وظيفي ، في حين يرى الرأي الثاني أن الفارق هو وجود نية جازمة للتعاقد .

---

[1]) محمد أمين الرومي ، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت ، مرجع سابق ، ص 99.

[2]) د/ عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق، ص 262.

[3]) د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق، ص 159.

1/ الرأي الأول: يرى جانب من الفقه أن الفارق بين الإيجاب الإلكتروني والدعوة للتعاقد هو فارق وظيفي، باعتبار أن وظيفة الدعوة إلى التعاقد تكمن في مجرد إعلان المنتج عن رغبته في التعاقد بقصد اكتشاف من يرغب في التعاقد، في حين أن الإيجاب يهدف إلى صياغة مشروع محدد المعالم ليتحول إلى عقد كامل بمجرد إعلان القبول ممن وجه إليه الإيجاب .

يضيف هذا الرأي أن الدعوة للتعاقد لا تتوافر على مقومات الإيجاب وأن الاستجابة لهذه الدعوة لا تمثل قبولا ينعقد العقد به بل مجرد قبول للتفاوض(1).

وقد أخذ القانون المدني الألماني بهذه التفرقة اعتمادا على مدى تناول العرض العناصر الأساسية المتعلقة بالمعاملة، ويعتبر العرض مجرد دعوة للتعاقد كلما افتقد إلى هذه العناصر.

كما يعتمد القانون الإنجليزي على معيار الصياغة ، فقد لا ترتب العبارات المستخدمة أثرا قانونيا بين الأطراف بقدر ما تعبر عن ارتباط أخلاقي فيما بينهم، كلما كان العرض المقدم محتويا على تفاصيل مختلفة كلما اعتبر إيجابا.

2/ الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي أنه وما دام أن الإيجاب يعبر عن إرادة نهائية تتجه إلى إحداث أثر قانوني في حال وجود قبول مطابق لهذا الإيجاب، فإن في الدعوة إلى التعاقد تحسيس للمصلحة، إذ لا يحدد العارض مركزه النهائي فيها إنما يأخذ ويعطي بنية جس النبض وتكوين فكرة عن التعاقد (2)، وعليه فإن أساس التفرقة بينهما هو وجود النية الجازمة للتعاقد(3).

---

1) د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق، ص 257.

2) محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص 127.

3) د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق، ص 256.

إن الأصل هو اعتبار أي عرض يهدف إلى التعاقد دعوة للتفاوض ، ما لم يثبت اعتباره إيجابا، وهو يكون كذلك إذا اتصف بصفة مميزة وهي كونه يعبر عن رغبة أكيدة ونية جازمة في التعاقد ، ويستخلص قاضي الموضوع هذه النية من عبارات الإيجاب والظروف المتعلقة بالدعوة دون أي رقابة عليه في ذلك من محكمة التمييز أو النقض(1).

وقد أقر الفقه والقضاء الفرنسيان هذا المعيار في التفرقة ، واعتبرا أن مسألة تفسير العروض الأولية مسألة من اختصاص محكمة الموضوع ، ولا تخضع لرقابة محكمة النقض، وهذا لا ينفي استرشاد القانون الفرنسي بالمعيار الأول، فكلما كان العرض مفصلا وواضحا كلما ورد احتمال أكبر لاعتباره إيجابا، وكلما استخدم العارض عبارات يوسع فيها من حريته في الالتزام من عدمه اعتبر العرض مجرد دعوة للتعاقد(2).

وفي الأخير تجدر الإشارة إلى أن البعض يفرق حتى بين الدعوة إلى التفاوض والدعوة إلى التعاقد ، ويعتبرهما مصطلحين مختلفين باختلاف مفهومهما وهدفهما ، إذ تتجه الإرادة في الدعوة إلى التفاوض إلى الدخول في مفاوضات تمهيدية لمناقشة شروط العقد على قدم المساواة ، بينما في الدعوة إلى التعاقد تتجه إرادة صاحبها إلى عدم التفاوض على العقد نهائيا ، بل تهدف إلى دعوة الناس إلى التعاقد معه دون أي تفاوض(3).

نظرا لصعوبة التفرقة بين الإيجاب والدعوة للتعاقد ونظرا للمسؤولية الملقاة على عاتق صاحب العرض، فإن هذا الأخير يحرص من الناحية العملية على إضافة تحفظات معينة تحرره من الالتزام وتجعل من العرض الصادر منه مجرد دعوة إلى التعاقد أو إعلان عن المنتج(4).

---

1) محمود السيد عبد المعطي خيال، الأنترنت وبعض الجوانب القانونية ، مرجع سابق، ص 112.

2) د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق، ص 259.

3) المرجع نفسه، ص 258.

4) د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق ، ص 56-57.

ثالثا: التحفظ في الإيجاب الالكتروني:

لقد أدى الاختلاف في تبني المعايير السابقة للتفرقة بين الإيجاب والدعوة للتعاقد إلى ظهور حل غالبا ما يقتاد به التاجر لتفادي تحمل المسؤولية العقدية ، إذ يقوم بعرض منتوجاته أو خدماته مع إضافة تحفظات معينة بشأن الإيجاب المقدم منه، حتى يتهرب من الالتزام بالتعاقد في بعض الأحيان ، كأن يضيف عبارة:" حتى نفاذ الكمية" أو "الاحتفاظ بحق تعديل الأسعار تبعا لتغييرها في السوق أو البورصة" أو " دون إلتزام «sans engagement " أو "بعد التأكيد"« Après confirmation » أو الكمية المعروضة محددة « limitation du nombre de biens mis en vente » [1]

التحفظ قيد يصيغة الموجب يقيد بمقتضاه إرادته في التعاقد ، فإن حزمنا أن الإيجاب المقترن بشرط [2] يمنع من انعقاد العقد ما لم يتحقق الشرط، فإن الأمر يختلف بالنسبة للتحفظ، إذ إختلفت الآراء حول اعتبار العرض المقترن بتحفظ إيجابا أم دعوة للتعاقد ، وظهر هناك رأيان .

1/ **الإيجاب المقترن بتحفظ مجرد دعوة للتعاقد :** يرى أصحاب هذا الرأي أن الصيغة الجازمة للإيجاب تستبعد بالضرورة عدم وجود أي تحفظ صريح أو ضمني فيه، فالتحفظ يتعارض مع فكرة الإيجاب وشروطه ، وبذلك يصبح الإيجاب المقترن بتحفظ مجرد دعوة للتعاقد.

2/ **الإيجاب المقترن بتحفظ إيجاب تام:** ينتقد أصحاب هذا الرأي مضمون الرأي الأول ويعتبرون أن التحفظات لا تسلب الإيجاب خصائصه ،إذ يكون ملزما للموجب طوال المدة المحددة ، فأي قبول مطابق للإيجاب سيؤدي إلى إبرام العقد ، كما هو الحال

---

[1]) Olivier Poulet, Savoir négocier ses contrats, op.cit, p 65

[2]) الشرط هو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، يترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله.

في مسألة التحفظ على الكمية، إذ يبقى التاجر ملزما إلى غاية نفاذ الكمية، وبعد ذلك يتحرر من التزامه باعتبار أن القبول الوارد بعد ذلك يكون على محل غير موجود.

أنتقد هذا الرأي على أساس أنه إن كان صائبا فيما يخص التحفظ عن نفاذ الكمية أو الأسعار إلا أنه يبقى غير مقبول في حالة ورود عبارات تحفظ تمنع إبرام العقد بمجرد صدور قبول مطابق من الطرف الأخر بل تجعله متوقفا على تحقق مضمون التحفظ كتأكيد العارض مثلا ، فمثل هذا التحفظ يتعارض مع الشروط الواجب توافرها في الإيجاب [1].

الفرع الثاني: شروط الإيجاب الإلكتروني

يشترط في القواعد العامة كي يكون التعبير عن الإرادة إيجابا شرطين أساسيين أولهما أن يكون محددا ودقيقا ، بمعنى أن يتضمن الإيجاب كل شروط العقد ، بحيث بإمكان الموجه له الإطلاع بدقة على مضمون العقد المفروض عليه ، فينعقد العقد بمجرد صدور القبول منه دون إضافة شيء آخر[2]، وثانيهما أن يكون التعبير باتا نهائيا ، أي أنه ينطوي على نية الموجب في إبرام العقد بمجرد إقتران القبول به[3].

وإن كانت شروط الإيجاب الإلكتروني لا تختلف مبدئيا عن الشروط المذكور في القواعد العامة، إلا أنها تتصف بنوع من الخصوصية من جهة، وتضاف إليها بعض الشروط الخاصة من جهة أخرى.

لقد تناولت شروط الإيجاب الإلكتروني المواد 1/111، 1/114 ، 18/121 من قانون الاستهلاك الفرنسي، والمادة العاشرة من التوجيه الأوروبي رقم 8/98 بشأن البيع عن بعد وكذلك المادة العاشرة من التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 بشأن التجارة الإلكترونية[4] ،

---

[1]) Olivier POULET, Savoir négocier ses contrats, op.cit, p68.

[2]) على فيلالي، الإلتزامات ، مرجع سابق، ص 88.

[3]) د/العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق، ص 69.

[4]) Olivier D’AUZON, Le droit du commerce électronique, op.cit, p51.

والمادة 25 من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية. ومن خلال هذه المواد يمكن تقسيم هذه الشروط إلى شروط خاصة بشكل الإيجاب وأخرى خاصة بمضمون الإيجاب .

أولا: الشروط الخاصة بالشكل:

إن صدور الإيجاب الإلكتروني عبر وسائل الاتصال الحديثة يقتضي توفر بعض الشروط المتعلقة بالوسيلة المستعملة ، الأسلوب المستعمل ، واللغة المستعملة .

1/ الوسيلة المستعملة: وفقا للقواعد العامة لا توجد طريقة معينة يمكن تحديد البضاعة بواسطتها، إنما يمكن أن تتم بكافة الطرق السائدة في التعامل الدولي بما فيها وسائل الاتصال الفوري الحديثة[1] ، إلا أنه ينبغي على مقدم الخدمة أو المنتوج أن يقوم بإعلام المستهلك باستعمال وسائل مناسبة وفعالة تسمح بقراءات وفهم مضمون الإيجاب بكل سهولة وبعيد عن كل الغموض.

2/ الأسلوب المستعمل: يجب أن يتم الإيجاب بأسلوب مكتوب يسمح بحفظ الشروط التعاقدية الواردة فيه على دعامة الكترونية أو أية دعامة أخرى مستديمة بحيث يمكن استرجاعها مرة أخرى عند الضرورة[2] ، كما يجب أن يكون العرض بأسلوب إلكتروني ظاهر وبعبارات واضحة[3] لا يشوبه أي غموض أو لبس[4].

وهناك من يرى أنه لتفادي الوقوع في فخ عقود الإذعان فإنه يستحسن على القانوني الذي يحرر إيجابا عبر الانترنت أن يأخذ بعين الاعتبار على الأقل العناصر التالية: استعمال نصوص قصيرة عند تحريره، استعمال الجمل البسيطة، استعمال مخطط التفرقة

---

[1]) د/ عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري ، مرجع سابق، ص 103.

[2]) Jean BEAUCHARD, L’offre dans le commerce électronique, op.cit, p39.

[3]) د/ محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص 55.

[4]) د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة، مرجع سابق، ص 107.

بين العناصر المهمة، استعمال الخط العريض والحروف الكبيرة وهي عناصر تساعد على التأكد من نيه الموجب وتوضح العناصر الأساسية للعقد المزمع إبرامه.[1]

وكما كان الإيجاب يتم بواسطة وسيلة سمعية أو مرئية أو سمعية مرئية فإنه يمكن الاستعانة كذلك بالصور المعروضة المثبتة images fixes أو الحية (animées) وكذا بالصوت ، فإن اختيار التاجر هذه الوسيلة كان لزاما عليه أن يتسم بالوضوح والتحديد بحيث يجب أن تعبر الصورة تعبيرا واضحا ودقيقا عن المنتج أو الخدمة، دون غموض، وأن يبين الحجم والوزن والصفات بحيث من خلال الصورة يتم التعرف عن المبيع معرفة كافية نافية للجهالة[2] ، ولا يتحقق هذا العلم إلا إذا كانت هذه الصورة صادقة ومعبرة فعلا عن حقيقة الشيء[3].

3/ <u>اللغة المستعملة:</u> باعتبار أن الإيجاب الإلكتروني دولي عابر للحدود، فإن للغة المستعملة فيه أهمية بالغة في إطار العقود الإلكترونية، فهل يشترط استعمال لغة معينة عند التعبير عن الإيجاب الإلكتروني ؟

لا شك أن نظام المعلومات يعتمد اعتمادا كبيرا على اللغة الإنجليزية والتي غالبا ما توضع بها البرامج المعلوماتية، وغالبا ما يتم توزيع هذه البرامج عبر العالم، لاسيما في الأسواق العربية، فقد لا يفهمها المستخدم أو يصعب عليه فهمها لما يحتويه من مصطلحات فنية وقانونية غريبة عليه [4].

---

[1]) د/ ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع ...، مرجع سابق، ص 161.

[2]) د/ محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص 55.

[3]) د/ ناصر حمودي ، النظام القانوني لعقد البيع ...، مرجع سابق، ص 162.

[4]) مصطلح "contrat" في اللغة الإنجليزية والأمريكية (الدول الأنجلوسكسونية) يعني فقط عقد ملزم لجانبين وبمقابل ويستثنى من مضمون هذا المصطلح العقد الملزم لجانب واحد والعقد بدون مقابل، وهذا يتناقض مع مفهوم مصطلح "العقد" في القوانين الأوروبية والعربية، راجع في ذلك:
Stéphane CHATILLON, le contrat international, op.cit, p86.

رغم ذلك لم يستطيع نظام المعلومات توحيد اللغات المختلفة للشعوب عالميا أو إقليميا أو حتى محليا[1]، إلا أن المواقع المختلفة في شبكة الانترنت تعمل على ترجمة صفحاتها بأكثر من لغة لتمكين المستخدمين من الدخول إلى مواقعها والتجول ضمن صفحاتها.

رغم أن عالمية الشبكة ودولية العرض تحول دون إمكانية الاستجابة للمتطلبات المحلية لكل دولة من دول العالم، إلا أن بعض التشريعات وحماية لرعاياها تشترط استخدام لغتها الوطنية في التعبير عن الإيجاب[2] ، ونظرا للانتقادات الموجهة لمثل هذا القانون فقد تم التراجع عنه لإزالة عقدة اللغة أمام العقود العابرة للحدود.

ثانيا: الشروط الخاصة بالمضمون:

يطرح السؤال حول حرية العملاء في تحديد مضمون الإيجاب المطروح في العقود الإلكترونية ، وهل هناك ضوابط أو قواعد تؤطر هذه الحرية الإقتصادية ؟ لا شك أن ممارسة هذه الحرية الإقتصادية تكون في إطار منظم من عدة جوانب حماية للطرف الضعيف الذي هو المستهلك[3].

نصت الفقرة أولى من المادة 14 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع على:" يعتبر إيجابا أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، وكان محددا بشكل كاف، وتبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول ، ويكون العرض محددا بشكل كاف إذا عين البضائع وتضمن صراحة أو ضمنا تحديدا للكمية والثمن أو بيانات يمكن بموجبها تحديدهما...".

---

[1]) رغم اتحاد الدول الأوروبية اقتصاديا وعسكريا إلا أنها لم تتحد لغويا ،كما نجد في دولة واحدة مثل الهند أكثر من 900 لغة متطوقة.

[2]) د/عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية ، مرجع سابق، ص 133.

[3]) Claude Lucas de LEYSSAC, Gibert PRLEANI, Droit du marché, presses universitaires de France, Paris, 2002, p507.

يفهم من هذه المادة أنه يشترط في الإيجاب الالكتروني - تماما كما هو الحال في الإيجاب التقليدي - أن يكون دقيقا ، يحدد المسائل الأولية للعقد المراد إبرامه ، ولا يثير أية شكوك في عزم موجهه على التعاقد إذا ما اقترن به قبول مطابق، فمتى يتحقق هذان الشرطان في الإيجاب الإلكتروني ؟.

1/ الدقة في الصياغة :

كي يتحقق شرط الدقة في صياغة الإيجاب الإلكتروني ينبغي أن يحدد هذا الأخير المسائل الجوهرية في التعاقد وإلا اعتبر مجرد دعوة إلى التعاقد[1]، ويمكن حصر هذه المسائل في تحديد هوية الأطراف، وصف المنتج أو الخدمة، تحديد الثمن، وتحديد طريقة التعاقد .

أ/ تحديد هوية الأطراف:

نظرا لأن الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد بتقنيات الاتصال الحديثة، وحماية للمستهلك من مستخدمي هذه التقنيات-الذين يرغبون في التهرب من المسؤولية نتيجة تصرفاتهم المشينة وخداعهم- فإنه يقع على الموجب واجب تزويد العميل ببعض المعلومات العامة عن هويته حتى يحقق الأمان والثقة في هذا النوع من المعاملات .

لقد ورد هذا الشرط في نص المادة 18/121 من قانون الاستهلاك الفرنسي، والذي نص على أنه "ينبغي في كل إيجاب لبيع أموال أو تقديم خدمات عن بعد أن يلتزم المهني بأن يوضح للمستهلك اسم مشروعه، وأرقام هواتفه وعنوان مركز إدارته إذا كان مختلفا عن المنشأة المسؤولة عن الإيجاب"[2].

---

[1]) محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص 97.

[2]) Thibault VERBIEST, la protection juridique du cyber – consommation, op.cit, p68.

وقد أكد الإتحاد الفرنسي للتجارة التبادلية (غرفة التجارة والصناعة في باريس أكتوبر 1988) على أهمية تضمن الإيجاب للبيانات المذكورة آنفا[1].

كما نصت المادة 1/4 من التوجيه الأوروبي رقم 97-7 بشأن البيع عن بعد على أنه ينبغي على المهني قبل إبرام العقد أن يقوم بإعلام المستهلك بقائمة من البيانات الإلزامية التي تتضمن تحديد ذاتية ومقدم المنتج أو الخدمة ، وقد أوضح هذه البيانات التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 الصادر في 2000/01/08 بشأن التجارة الإلكترونية كما يلي:" يوضح البائع لعميله : اسم شركته، عنوانه الجغرافي وعناصر تحديد هويته".

وقد سار على هذا المنوال قانون المعاملات الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 الذي نص في مادته 25 على :" يجب على البائع في المعاملات التجارية والإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية: هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسدي الخدمة"

ب/ وصف المنتج أو الخدمة:

لقد وضعت اتفاقية فيينا معيارا لتحديد الإيجاب تحديدا كافيا ، فأشارت في الفقرة الأولى من المادة 14 منه على أن الإيجاب يكون محددا بشكل كاف إذا عينت فيه البضائع محل البيع، وحددت كميتها وثمنها صراحة أو ضمنا أو إذا كانت ممكنة التحديد حسب البيانات التي تضمنتها صيغة الإيجاب[2].

---

[1]) د/ شحاتة غريب الشرقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية ، مرجع سابق، ص 89.

[2]) د/ عباس العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري ، المرجع السابق، ص 103

قياسا على هذه الشروط [1] يشترط في الإيجاب الإلكتروني أن يحترم مقتضيات الوضوح، كأن يصف البضاعة وصفا دقيقا[2]وذلك بتحديد: اسم البضاعة أو الخدمة، الكمية، والنوع ، وأن يكون ذلك مقرونا بالصور والرسوم الملونة التي تعرض صفات البضاعة بدقة ووضوح وبأسلوب صادق أمين، وعلى نحو يتجنب الإعلانات الخادعة[3].

ج/ تحديد الثمن:

نصت اتفاقية فيينا في مادتها 14 على وجوب تحديد ثمن البضاعة تحديدا صريحا أو ضمنيا ، وبيان مدى شموله على نفقات النقل، الرسوم الجمروكية والضرائب وبيان وسيلة الدفع وكذا بيان العنوان الذي ينبغي أن يتم فيه الوفاء ما لم يتم الدفع باستعمال وسائل الوفاء لالكترونية مثل بطاقات الوفاء والائتمان المصرفية

وقد نصت المادة 3/113 من قانون الاستهلاك الفرنسي على وجوب تحديد الثمن مشمولا للرسوم TTC وبالعملة المتداولة في قطر الجمهورية الفرنسية[4].

---

[1] عرضت في هذا الصدد على المحكمة العليا بأمريكا قضية تتلخص وقائعها في أن إحدى مقاطعات ولاية إيرا الأمريكية طرحت عرضا لمشروع طريق سريع وحددت فيه مواصفات الطريق المطلوبة، وتلقت أفضل المناقصات ووجدت أن شركة(HSI) قد قدمت أقل المناقصات، تبين بعد ذلك أن هناك خطأ في كمية الخلطة الإسمنتية المعلنة في العرض إلا أن المقاطعة لم تقم بتصحيح الخطأ وانتظرت انتهاء آجال المناقصة الأولى و وافقت المقاطعة على عرض شركة (HSI) ، ومن أجل تصحيح الخطأ عرضت المقاطعة مرة أخرى العرض بكمية الخلطة الإسمنتية الصحيحة، تلقت عروضا عديدة إلا أن عرض (HSI) لم يكن الأقل في هذه المرة، فرسى العرض على المناقص الأول.

قاضت شركة (HSI) المقاطعة، فصدر حكم من محكمة الدرجة الأولى قضى برفض دعوى الشركة على أساس عدم وجود اتفاق ملزم ، إلا أن المحكمة العليا قررت أن العقد الأول ملزم للطرفين ما دام أن العرض كان واضحا من حيث تاريخ البداية وأيام العمل والسعر والكمية ، وأن عرض المقاطعة لم يكن مشروطا ، وعليه فإن قبول الشركة(HSI) يؤدي إلى إبرام العقد ، وأن رفض المقاطعة يعتبر رفض اتفاق سابق ملزم لها .

راجع في ذلك : محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص 119.

[2] د/ نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 37.

[3] Thibault VERBIEST, La protection juridique du cyber – consommation, op.cit, p69.

[4] Olivier D'AUZON, Le droit du commerce électronique, op.cit, p51.

حظيت الشروط التي تنظم الاتفاق على الثمن باهتمام بالغ في العقود التجارية ، فحرصت هذه الأخيرة حتى على ضرورة النص على العملة التي يتم بها الوفاء بالثمن، فنص مثلا عقد المركز التجاري« Infonie » بفرنسا على أن يحدد الثمن بدقة بالفرنك الفرنسي، مع الإشارة إلى جواز الدفع بعملة أجنبية(1). فقد يحدث أن يتفق بائع أمريكي ومشتري كندي على دفع مبلغ إقتناء معدات بعملة الدولار ، وبعد تنفيذ عملية البيع يختلف الطرفان حول العملة المتفق عليها ، فقد كان الأمريكي يضن أن العملة هي الدولار الأمريكي في حين ضن المشتري الكندي أن العملة هي الدولار الكندي .. ففي مثل هذه الحالة يعتبر القانون الألماني أن عقد البيع غير قائم لعدم الإتفاق على العملة الواجبة الدفع(2).

د/ تحديد طريقة التعاقد:

على المهني أن يحدد في إيجابه الطريقة الواجب إتباعها للتعاقد ومراحل إبرام العقد، وإلا أعتبر عرضه مجرد إعلان وهذا ما نصت عليه المادة 1/134 من قانون الإستهلاك الفرنسي(3).

2/ اتجاه الإرادة للتعاقد:

إن التعبير عن الإيجاب يعد تعبيرا عن إرادة اتجهت قانونا إلى التعاقد ،بحيث يتحقق الرضى بمجرد أن يتلاقى هذا التعبير مع الإرادة الأخرى التي تشاركه في نفس الإتجاه.

---

1) د/ أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص 97.

2) Michel PEDAMON, Le contrat en droit allemand, op.cit, p32.

3) Anne BESSONNET, Philippe Edouard LAMY, Contrats d’affaires internationaux, op.cit, p17.

يتحقق شرط اتجاه نية الموجب للتعاقد إذا أبدى عن نيته بشكل كامل ومحدد ، وذلك بأن تكون عبارات الإيجاب دالة على العزم والتصميم النهائي على إتمام العقد [1] ، وبذلك يوصف الإيجاب بكونه بات ونهائي يؤدي إلى إبرام العقد بمجرد صدور قبول مطابق [2].

يستنتج مما سبق أن العرض لا يكون إيجابا إلا إذا كان واضحا وباتا يفهم منه أن ارتباط القبول به سيؤدي إلى إبرام العقد ، وأن معيار التمييز فيما إذا كان العرض باتا أم لا هو وجود أو عدم وجود النية الجازمة في إحداث الأثر القانوني لدى صاحب العرض.

3/ تحديد مدة الإيجاب :

الأصل في الإيجاب التقليدي أنه غير ملزم قبل وصوله إلى علم الموجه إليه، فللموجب أن يعدل عن إيجابه طالما لم يقترن به قبول ، غير أنه يكون الإيجاب ملزما إذا عين ميعاد للقبول من طرف الموجب ، فيكون هذا الأخير ملزما بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد [3].

خروجا عن القواعد العامة فإن القواعد الحديثة اشترطت في الإيجاب الإلكتروني أن يتضمن تحديدا دقيقا لوقت صلاحية الإيجاب ، وأن يقوم الموجب باعلام الموجب له بهذا التوقيت [4].

يهدف المشرع من خلال هذا الشرط إلى حماية المستهلك وإستقرار المعاملات الإلكترونية ، وتوفير الثقة في التعامل ، فإلزام الموجب بإيجابه ولو لمدة محددة يمكن الموجب له من تدبر أموره وترتيب شؤونه بالرد بالقبول أو الرفض.

---

[1]) د/ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع ...، مرجع سابق، ص 161.

[2]) د/ محمود الكيلاني، التشريعات التجارية والمعاملات الإلكترونية، دار وائل للنشر ، عمان ، 2004 ، ص 539.

[3]) Vincent HEUZE, la vente internationale de marchandise, Droit uniforme, Delta, Paris, 2000, p159.

[4]) Thibault VERBIEST, Commerce électronique, op.cit, p91.

من خلال عرض مفهوم الإيجاب الالكتروني يتبين أن هذا المفهوم لا يختلف عن المفهوم التقليدي للإيجاب ، وإن اختلفت وسيلته ، فالعروض التي تقدم عبر الانترنت وإن أثارت صعوبة في تكييفها بين الإيجاب وبين الإعلان أو الدعوة للتعاقد، إلا أن هذه العروض لن تعتبر إيجابا ما لم تتوفر فيها شروط الإيجاب التقليدي.

المطلب الثاني

القبـــــول الإلكتروني

لا يكفي لإبرام العقد وجود الإيجاب لوحده، بل لابد أن تقابله إرادة عقدية أخرى تتضمن قبولا لهذا الإيجاب.

لقد عرف جمهور فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة القبول بأنه التعبير الذي يصدر من المستهلك وإن جاء أولا، في حين عرفه الحنفية بأنه التعبير الثاني الذي يصدر من أحد المتعاقدين مملكا كان أو ممتلكا[1].

وإن خلت معظم التشريعات من تعريف قانوني للقبول شأنها في ذلك شأن معالجتها للإيجاب[2] ، إلا أنه توجد بعض الاستثناءات التي أوردت هذا التعريف كالقانون المدني الأردني في مادته1/31 التي نصت على أن القبول هو اللفظ الثاني الذي يستعمل عرفا لإنشاء العقد[3] ، فهل أن ماهية القبول التقليدي تختلف عن تلك المستحدثة في المعاملات الإلكترونية؟ (الفرع الأول).

إن القبول هو العنصر الثاني في العقد ، وهو التعبير البات الجازم عن إرادة المخاطب على التعاقد وفقا للعناصر الجوهرية المعبر عنها في الإيجاب ، وذلك بأن يكون

---

[1]) د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة ، مرجع سابق، ص 119.

[2]) د/ ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع ...، مرجع سابق، ص 166.

[3]) د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة، مرجع سابق ، ص 123.

خاليا من أي قيد أو شرط ، أو مقرون بالتحفظات وإلا عد إيجابا جديدا[1] ، والسؤال المطروح هو فيما تختلف شروط القبول التقليدي عن شروط القبول في البيئة الإلكترونية؟ (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ماهية القبول الإلكتروني

عرف القبول بأنه تعبير عن إرادة الطرف الآخر الذي تلقى الإيجاب يطلقه نحو الموجب ليعلمه بموافقته على الإيجاب" فهو الإجابة بالموافقة على عرض الموجب التي تؤدي إلى إبرام العقد، فهل أن هذا التعريف ينطبق على القبول الإلكتروني؟ (أولا).

نصت المادة 60 من القانون المدني الجزائري على أن التعبير عن القبول يمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا ، مادام أنه تم بطريقة لا تدع مجالا للشك في دلالته على التراضي[2] ، وهذا ما يفيد أنه ليس هناك طريقة معينة للتعبير عن القبول ، وهو الأمر المستخلص من أحكام المادة 18 من اتفاقية فيينا التي تضمنت عبارة "أي بيان" ، وهذه العبارة تفيد القبول الصريح ، كما تضمنت عبارة" أي تصرف آخر" ، والتي تفيد القبول الضمني[3] ، من هنا تستنتج طريقتين للتعبير عن القبول في البيئة الالكترونية(ثانيا).

يقضي مبدأ حرية التعاقد بأن يكون القبول حرا ، بمعنى أنه للموجه إليه الإيجاب الحرية الكاملة في قبوله أو رفضه أو إسقاطه، كما لا يسأل عن بواعث رفضه ، فلا يكون إذن مسؤولا عن هذا الرفض ما يعني أنه غير مكره على القبول[4] ، إلا أن هذه الحرية غير مطلقة، بل مقيدة بعدم التعسف في استعمال رخصة الرفض[5] ، ولأن العقد

---

[1]) د/أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص7، وكذلك : د/ ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع ...، مرجع سابق ، ص166، وكذلك : د/خالد ممدوح ابراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص266.

[2]) د/ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع ...، مرجع سابق، ص 166.

[3]) Vincent HEUZE, la vente internationale de marchandises, op.cit, p163

[4]) فراح مناني، العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 887.

[5]) د/عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري ، مرجع سابق، ص 128.

الإلكتروني يكون في الغالب من عقود الاستهلاك ، فإن القبول فيه يكون غير نهائي، ومن ثم فإن العقد غير ملزم للمستهلك ، وهو ما يستدعي البحث في مسألة العدول عن القبول الإلكتروني (ثالثا).

أولا: تعريف القبول الإلكتروني:

عرفت اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع القبول في مادته1/18 على :" يعتبر قبولا أي بيان أو أي تصرف آخر صادر عن المخاطب ، يفيد الموافقة على الإيجاب".[1]

لا يخرج القبول الإلكتروني عن مضمون هذا التعريف سوى أنه يتم عبر وسائط إلكترونية ، ولذلك فهو يخضع بحسب الأصل للقواعد العامة التي تنظم القبول التقليدي [2]، لذا لم تورد القوانين الحديثة أي تعريف خاص بالقبول في المعاملات الإلكترونية، فنجد أن قانون لجنة الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية اليونسترال لم يورد أي تعريف للقبول ، بل ترك هذه المسألة للقوانين الوطنية ، واكتفى بالنص على جواز التعبير عن الإيجاب والقبول عبر مختلف وسائل المعلومات، وعلى هذا النهج سارت التشريعات العربية [3]مثل التشريع التونسي، الأردني، البحريني، الإماراتي.

ينبغي الإشارة إلى أن المادة 1/14 من قانون اليونسترال أضافت شيئا لهذا المفهوم يتمثل في أنه تنسب إرادة القبول إلى المتعاقد إذا كان هو الذي أرسلها عبر تقنيات الاتصال الحديثة سواء بنفسه أو بواسطة نائب عنه[4].

نص قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 الصادر في 9 أغسطس 2000 على أن العقود الإلكترونية مثلها مثل العقود الكتابية أي يجري عليها

---

1) Vincent HEUZE, La vente internationale de marchandises, op.cit, p16.

2) د/ شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية ، مرجع سابق، ص 96.

3)د/ محمود عبد الرحيم شريفات،التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص 132

4) د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة ، مرجع سابق، ص 121.

ما يجري في مجال العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة و مفعولها القانوني وصحتها، وقابليتها للتنفيذ بشرط ألا يكون هناك تعارض مع أحكام قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية[1]ومن هذا التعريف يمكن تصنيف طرق التعبير عن القبول الإلكتروني إلى نوعين .

ثانيا: طرق التعبير عن القبول الإلكتروني:

إن القبول في العادة يتم بطرق عديدة ومتعددة منها اللفظ والإشارة أو اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته عن مقصود صاحبه، كما قد يعد السكوت قبولا في بعض الأحيان[2] إذا كان بناءا على نص في القانون أو اتفاق الطرفين[3].

إذا يجوز التعبير عن القبول بكل وسيلة لا تدع شكا لدى الموجب بأن إيجابه قد لاقى القبول، والتعبير بهذا المعنى قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، فكيف يعبر صراحة عن القبول الإلكتروني؟ وما مدى صلاحية السكوت للتعبير عنه؟

1- التعبير الصريح عن القبول الإلكتروني:

قد يتم القبول الإلكتروني بوسيلة مكتوبة عبر تقنيات الاتصال الحديثة وهو الأمر الذي يضفي نوعا من الثقة والطمأنينة للمتعاقدين حيث يمكن إثبات هذا القبول بورقة مكتوبة.وبالرغم من ذلك فإنه يلاحظ أن اللجوء إلى استخدام هذه الوسيلة هو أمر نادر في العقود الإلكترونية ومناط هذه الوسيلة هو التعبير من القبول عبر الفاكس[4].

---

[1]) د/ شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية ، مرجع سابق، ص 97.

[2])د/ ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع ...، مرجع سابق، ص 169.

[3]) د/ عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري ، مرجع سابق ، ص 139.

[4]) سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة ، مرجع سابق، ص 126.

لقد أزال استخدام تقنيات الاتصال الحديثة الطابع المادي عن التعبير عن القبول(L’acceptation dématérialisée) فغالبا ما يتم القبول عبر طرق ثلاث وهي : النقر على زر الموافقة ، عن طريق البريد الإلكتروني، أوعن طريق المحادثة .

أ ــ النقر على زر القبول أو الفأرة: cloquage de souris

غالبا ما يتم القبول الإلكتروني عن طريق ملء استمارة تتخذ شكل نموذج طلب معروض على الانترنت ويقوم الشخص الموجه إليه الإيجاب بتدوين المعطيات الشخصية الخاصة به والتي تعتبر ضرورية للعقد المزمع إبرامه ، ويعبر الشخص عن قبوله باستخدام أيقونة الحاسوب(الماوس) بالضغط على الخانة المخصصة للقبول تدل على الموافق (ok)أو(j’accepte l’offre) أو (I accept) أو (I agree) وقد ينعقد العقد بمجرد الضغط على أيقونة القبول أو بواسطة طباعة العبارة التي تفيد القبول[1].

في الواقع لقد ثارت العديد من الاختلافات ووجهات النظر حول هذه الطريقة ومدى اعتبار الضغط على الأيقونة قبولا يرتب أثاره القانونية.[2]

من اليسير القول بوجود الإرادة إذا تم التعبير عنها كتابة ولكن تثور الصعوبة عند غياب الدليل الكتابي وهو أساس اختلاف وجهات نظر الفقه عن هذه الطريقة[3] ، لاسيما أن هذه الوسيلة قد تتضمن الكثير من الأخطاء بحيث يتم لمس الأيقونة على سبيل الخطأ أثناء استخدام جهاز الحاسوب، أو من خلال سهو الأطفال وهو الأمر الذي يحوي في طياته العديد من المخاطر التي تهدد مثل هذا النوع من التعاقد لذا انقسم الفقه إلى اتجاهين:

---

[1]) د/محمد البنان، العقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص 29.

[2]) د/محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الأنترنت، مرجع سابق، ص 79.

[3]) د/أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص 83.

أ-1- الاتجاه الأول:

يرى هذا الاتجاه أنه لا يوجد ما يحول دون اعتبار النقر مرة واحدة على الأيقونة قبولا من الناحية القانونية لمجرد وصوله إلى علم الموجب وبذلك ينعقد العقد وهذا ما أخذ به الفقه الفرنسي [1]، لكن إذا اشترط الموجب تأكيد القبول بالضغط مرتين على الأيقونة فإن العقد في هذه الحالة لا ينعقد إلا من لحظة الضغط للمرة الثانية على الأيقونة.

يرى أصحاب هذا الرأي أن مجرد الضغط على الأيقونة يعتبر قبولا لأن تأكيد القبول إجراء لاحق، لا يرد إلا على قبول قد وجد فعالا[2] وقد استند هذا الرأي على اعتبار الإشارة المتداولة عرفا في القواعد العامة وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، كحركة الرأس من الأسفل إلى الأعلى التي ينعقد بها العقد، وقياسا على ذلك فإن فعل ملامسة الأيقونة تعتبر إشارة دالة على القبول ، خاصة أنه ينبه على المشتري أن الضغط عليها يعتبر قبولا وينعقد العقد.

وفي الأخير يطرح أصحاب هذا الرأي السؤال الآتي: ألا يحتمل الخطأ في كل وسائل التعبير عن الإرادة كما هو الحال في ملامسة الأيقونة ؟[3]

النقد الموجه لهذا الرأي:

يرى الباحث الدكتور غريب شلقامي أنه رغم وجاهة الأسانيد المعتمد عليها من طرف أصحاب الرأي الأول والواردة في القواعد العامة إلا أنها لا تستقيم مع العقود الالكترونية التي تتم عبر وسائل الكترونية الأمر الذي يجعلنا حريصين على إحاطتها بخصوصيات واستثناءات يتفق مع طبيعتها.

---

[1]) David NOGUERO, L'acceptation dans le contrat électronique, op.cit, p 55.

[2]) د/ محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص 61.

[3]) المرجع نفسه ، ص 62.

وما دام أن العقود الإلكترونية تتم بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان فإن عنصر المواجهة بين الطرفين غير متوفر ، لذا يجب النص على قواعد خاصة تتلاءم مع التعقيدات التي تتسم بها هذه العقود ومنها قاعدة الضغط المزدوج على الأيقونة للتعبير عن القبول حماية للعميل من الخطأ الذي يمكن أن يقع فيه ،وهو ما انتهجته كل قوانين المعاملات الإلكترونية الصادرة في الدول العربية كتونس، الأردن، البحرين، الإمارات(1).

أ -2-الاتجاه الثاني:

نتيجة النقد الموجب للاتجاه الأول ظهر الاتجاه الثاني الذي يؤكد أن مجرد الملامسة والضغط على الأيقونة المخصصة للقبول لمرة واحدة قد يكون على سبيل الخطأ وبالتالي لا يعطي الدلالة القاطعة على توافر القبول لذا يجب الضغط مرتين على الأيقونة Double clic حتى يتأكد القبول وينتج آثار القانونية(2).

لقد انتهج القضاء الرأي الثاني إذ لا يقتنع بصحة القبول لمجرد اللمس على أيقونة القبول إلا إذا كان حاسما، لذا ينصح بالضغط مرتين على الأيقونة أو أن تتضمن عبارات التعاقد رسالة قبول نهائي من أجل تجنب أخطاء اليد(erreurs de manipulation) أثناء العمل على جهاز الكمبيوتر مثل: هل يؤكد القبول ؟ ويجب الإجابة "بنعم أو"لا".

هناك العديد من التقنيات التي تسمح بإزالة الشك على القبول النهائي ومنها: وجود وثيقة أمر بالشراء« bon de commande» التي يتعين على العميل أن يحررها على الشاشة وهو ما يؤكد سلوكه الإيجابي أو وجود تأكيد للأمر بالشـــراء:

---

(1) د/ شحاتة غريب شرقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 107.

(2) د/ خالد ممدوح إبراهيم،ابرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق، ص 268-269.

« Confirmation de la Commande " ،كما يسمح إدخال الرقم الخاص ببطاقة الوفاء أو التوقيع الإلكتروني بتأكيد القبول الصادر ممن وجه إليه الإيجاب وجعله أكثر فعالية.[1]

ب/ القبول عبر البريد الإلكتروني:

يعد البريد الإلكتروني أكثر شيوعا واستخداما من طرف المنتجين وزبائنهم ويقترب أن يكون بريدا عاديا باعتيار أن كليهما يتضمن عنوانا محددا، معرضا للضياع قبل أن يصل إلى العنوان المطلوب، كليهما يستعين بطرف ثالث يكون وسيطا لإيصال الرسالة، إلا أن البريد الإلكتروني يوفر السرعة العالية والكفاءة الأكبر ودقة متناهية في التواصل[2].

إن مجلس الدولة الفرنسي اعتبر البريد الإلكتروني بمثابة محرر عرفي وقد حذى حذوه المشرع الجزائري الذي استحدث المادة 323 مكرر 1 من التقنين المدني وسوى بين حجية الكتابة الإلكترونية والكتابة العادية[3].

يمكن للقابل أن يعبر عن قبوله بواسطة البريد الإلكتروني إذ لا يوجد أدنى شك في اعتباره قبول صريح للإيجاب الموجه إليه بغض النظر عن طريقة توجيه له هذا الإيجاب سواء عن طريق البريد الإلكتروني أو كان معروضا على موقع الانترنت.

---

1) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية ، دراسة الجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الإتصال الحديثة "التراسل الإلكتروني "، مجلس النشر العلمي ، الكويت ، 2003 ، ص 94.

2) فراح مناني ، العقد الإلكتروني ، مرجع سابق، ص 95.

3) استحدثت المادة 323 مكرر 1 بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، وتنص على ما يلي: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

يعتبر التعبير عن القبول عن طريق البريد الإلكتروني أحسن طريقة للتأكد من إرادة القابل ووضوح هذه الأخيرة وإن كان جانب من الفقه يرى عدم مشروعية التعاقد عن طريق الطباعة أو الكتابة على الهواء(1).

يشترط ليكون التعبير عن طريق البريد الإلكتروني قبولا أن يكون موجها بطريقة تحفظ سلامتة وتكامله وعدم تعرضه للتعديل(2)، وهذا ما نصت عليه المادة 1/1316 تقتين مدني فرنسي المعدلة بموجب قانون 2000-230 المؤرخ في 2000/03/13 حول ملائمة قانون الإثبات مع تكنولوجيا الإعلام والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني(3).

ج/ القبول عن طريق المحادثة أو المشاهدة:

يمكن التعبير عن القبول عن طريق المحادثة(chatting Rooms) أو المحادثة الفوزية أي تبادل مباشر للكلام ، وبالتطور التكنولوجي واستعمال الكاميرات يتحول إلى حديث بالمشاهدة الكاملة وبذلك نكون أمام مجلس عقد افتراضي على أساس أن المتعاقدين يشاهدون ويسمعون بعضهم البعض مباشرة وعليه فلا مناط من اعتبار هذه الطريقة تعبيرا صريحا عن طريق اللفظ (4).

2/ التعبير الضمني عن القبول الإلكتروني:

إذا كان الأصل العام أن القبول يمكن أن يتم صراحة أو ضمنا بقيام الموجب له(القابل) بأي تصرف أو عمل يفيد الموافقة على الإيجاب كتنفيذ العقد أو البدء بتنفيذه وحتى بمجرد تصافح الطرفين أو أنهاء مكالمة بعبارة "مسموع "c'est entendu" شرط

---

[1]) آمال حابت، استغلال خدمات الأنترنت ، مرجع سابق، ص 79.

[2]) د/ناصر حمودي،النظام القانوني لعقد البيع ...، مرجع سابق، ص 169.

[3]) تنص المادة 1/1316 من القانون المدني الفرنسي:

« Sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et pour qu'il soit établit et conservé dans des conditions de nature à eu garantir l'intégrité »

[4])د/خالد ممدوح ابراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص 268.

أن لا يشوب ذلك أي غموض[1]، فما مدى إمكانية إعتبار التعبير الضمني قبولا في البيئة الإلكترونية ؟

- يمكن التفرقة بين حالتين وهما اتخاذ موقف ايجابي ، و اتخاذ موقف سلبي .

أ/ اتخاذ موقف إيجابي: حسب البعض فإنه لا مانع من التعبير الضمني عن القبول الإلكتروني ما دام أن القبول بالتنفيذ هو أمر متصور حتى في الوسائط الإلكترونية فعند تصفح الشخص لبريده الإلكتروني وإيجاده لرسالة ببيع سلعة بثمن محدد فإن قيام هذا الشخص بإرسال الثمن إلى الموجب يعتبر قبولا ضمنيا للإيجاب وبذلك ينعقد العقد [2].

لقد نصت المادة 1/18 من اتفاقية فيينا :"يعد قبولا أي بيان أو أي تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة"[3] وتضيف الفقرة الثالثة منها:

"ومع ذلك إذا جاز بمقتضى الإيجاب أو التعامل الجاري بين الطرفين أو الأعراف أن يعلن المخاطب الذي عرض عليه الإيجاب عن قبوله بالقيام بتصرف ما كالذي يتعلق بإرسال البضائع أو تسديد الثمن دون إخطار الموجب، عندئذ يكون القبول نافذا في اللحظة التي يتم فيها التصرف" [4].

هناك العديد من التصرفات التي تصدر عن القابل وتعتبر قبولا ضمنيا للإيجاب الصادر عن طريق شبكة الانترنت ، ومنها قيام القابل بفك الغلاف في بعض السلع التي يقوم الموجب بإرسالها مع الإيجاب، وغالبا ما يتضمن الإيجاب في هذه الحالة تنبيها للموجب إليه الإيجاب بكون فك الغلاف أو الختم عن السلعة يعتبر قبولا للعقد.

---

1) Philippe DELEBECQUE, Le contrat d'entreprise, Dalloz, Paris, 1993, p26

2) د/أحمد سعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية، البيع الدولي للبضائع ، المكتبة العصرية، القاهرة، 2006، ص147.

3) د/ عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري ، مرجع سابق، ص 123.

4) د/ محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص 134.

إن هذا الأسلوب في التعامل معتمد من طرف بعض المواقع الإلكترونية في شبكة الانترنت خصوصا بالنسبة للسلع ذات المحتوى الرقمي كبرامج الحاسوب والصحف والمجلات والكتب التي يمكن تسلمها للموجه له على الخط (Delivery en line) وذلك مباشرة من خلال البريد الإلكتروني[1].

يسمي البعض هذه العقود بـــ"عقود فض العبوة" ، وتعني الرخصة التي تكون مع خدمة البرنامج المعروضة للبيع، وعادة تظهر هذه الرخصة تحت الغلاف البلاستيكي على الخدمة ، وتبدأ عادة بعبارة (بمجرد فض هذه العبوة فإنك توافق على الشروط الواردة في الرخصة).

كانت هذه الطريقة غامضة ولم تكن تشعر الأطراف بإلزامية العقد لأن أحدا لم يكن يهتم بقراءة الرخصة قبل فض العبوة وعلى هذا الأساس رفضتها المحاكم في المرحلة الأولى ، ثم قضت المحاكم الأمريكية بالقوة الملزمة لمثل هذا العقد قياسا على العقود التي لا يجدي معرفة شروط العقد إلا بعد الدفع فعلا كتذاكر الطائرة[2].

رغم تعدد صور القبول الضمني التي تؤدي إلى انعقاد العقد الإلكتروني إلا أن الرأي الراجح يذهب إلى أن التعبير عن الإرادة الكتروني لا يكون إلا صريحا، ما دام أنه يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية تعمل آليا وتعجز عن استخلاص أو استنتاج إرادة المتعاقد.

وفق هذا الرأي لا مجال لإمكانية التعبير عن الإرادة عن طريق الإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود منه[3].

---

[1]) المرجع نفسه ، ص 134.

[2]) محمد البنان، العقود الالكترونية، مرجع سابق، ص 38.

[3]) د/خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 269.

فما موقف الفقه من السكوت في العقود الإلكترونية، ما دام أنه يعتبر أصلا وضعا سلبيا لا يعني مفهوما معينا ولا يصلح في القواعد العامة للتعبير عن إرادة القبول؟

ب/ اتخاذ موقف سلبي:

يتخذ الموقف السلبي بالسكوت ، فما مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الإلكتروني؟

ب - 1/ الأصل أن السكوت لا يصلح للتعبير عن إرادة القبول:

استنادا إلى القاعدة العامة في الفقه الإسلامي التي تقول"لا ينسب إلى ساكت قول" فالسكوت عدم والعدم دلالته الرفض لا القبول[1].

وقد أخذ بهذه القاعدة الفقه ونص عليها المشرع في معظم دول العالم كمصر[2]وفرنسا[3] وانجلترا[4]، وعلى هذا الأساس فإن من يتسلم رسالة عن طريق البريد الإلكتروني تتضمن إيجابا ورد فيه أن عدم الرد على الرسالة خلال مدة معينة يعتبر قبولا فإنه يمكن تجاهل هذه الرسالة وعدم الإهتمام بها[5].

وقد أكدت هذا الموقف اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع في مادتها(1/18) التي تنص على:"...أما السكوت أو عدم القيام بأي تصرف فلا يعتبر أي منهما في ذاته قبولا".

---

[1]) أحمد طاهري، صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر، 1998، ص21.

[2]) المادة 97 من القانون المدنى المصري.

[3]) Article 2 : 2041 du code civil Français « le silence ou l'inaction ne peuvent à eux seuls valoir acceptation », voir :
Guillaume WICKER et Jean-Baptiste RACINE, Principes contractuels communs, société de législation comparée, Paris, 2009, p 245.

[4]) عبر القاضي الإنجليزي(Brian) عن هذه القاعدة بقوله:"إنه من الواضح أن قصد الرجال لا يمكن محاكمته لأن الشيطان نفسه لا يمكنه معرفة قصد الرجال". راجع في ذلك د/عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري، مرجع سابق، ص 138.

[5]) د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص 81.

يفهم من عبارة "في حد ذاته " الواردة في هذه المادة أن السكوت الذي لا يعتبر قبولا هو السكوت المجرد من أي ظرف ملابس له ، وبالتالي نستنتج أن هناك استثناءات على القاعدة المذكورة أعلاه يتمثل في وجود نص في القانون، وجود اتفاق بين طرفي العقد أو إحاطة السكوت بظروف ملابسة من شأنها أن تفيد دلالته على الرضى وللقاضي السلطة التقديرية في تحديد هذه الدلالة[1].

نصت المادة 2/68 تقنين مدني جزائري[2] على ما يلي:

"إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب، ويعتبر السكوت في الرد قبولا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه [3].

يستنتج من هذه المادة أن المشرع الجزائري قد عالج الحالات التي يمكن اعتبار السكوت فيها قبولا وتتمثل في:

1- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف التي تدل على أن الموجب لم يكن لينظر تصريحا بالقبول .

2- إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين .

3- إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه .

---

[1]) نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 245.

[2]) تقابلها المادة 9 من القانون المدني المصري، والمادة 97 سوري، والمادة 96 ليبي .

[3]) تقابلها المادة 2/205 من القانون المدني الفرنسي التي تنص:

»Le silence ou l'inaction ne peuvent valoir acceptation, hormis le cas:.

a/ les parties l'ont conventionnelles prévus.

b/ les dispositions légales ou les usages applicables au contrat en posent ainsi »

voir ;Guillaume WICKER et Jean-Baptiste RACINE, Principes contractuels communs, op.cit, p 247

وقد أخذ المشرع الفرنسي بالحالتين الأولى والثانية دون الثالثة [1].

وقد عبر الفقهاء المسلمون عن هذه الاستثناءات بقاعدة أن:" السكوت في معرض الحاجة بيان"[2]، ويطلق على هذا السكــوت عبارة " السكوت الملابس" Silence circonstance »

اعتبر الباحث الفرنسي "ليتمان" بأن المعيار الدقيق في اعتبار السكوت الملابس قبولا يتمثل في وجود تراضي الطرفين المتعاقدين ، ذلك لأن القانون يقضي أنه لإتمام التعاقد لابد من تراضي الطرفين بأن تكون الإرادة القانونية معبرا عنها ، ولما كانت الظروف الملابسة للسكوت متباينة إذ لا توجد حالات محصورة للسكوت الملابس فإن استخلاص القبول من هذه الظروف يعد مسألة موضوعية تدخل في سلطة قاضي الموضوع [3] ،غير أنه تخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز [4].

يعتبر ذكر التشريعات للاستثناءات المذكورة إعلان كتسهيل لعمل القاضي في هذا الخصوص ، فهل يمكن أن تطبق هذه الاستثناءات على القبول الإلكتروني؟ بمعنى ما مدى اعتبار السكوت الملابس تعبيرا عن القبول الإلكتروني؟

اختلفت الآراء حول هذه المسألة على النحو التالي:

ب-2/ صلاحية السكوت الملابس للتعبير عن القبول الإلكتروني:

يرى جانب من الفقه أن سكوت أحد المتعاقدين مع وجود تعامل سابق بينهما عبر تقنيات الاتصال الحديثة يعتبر قبولا شأنه في ذلك شأن القبول التقليدي فاستعمال الوسائل

---

1) Frédéric-Jérôme PANSIER, Cinquante commentaires d'arrêts en droit des obligations, Ellipes, Paris, 2000, p22..

2) د/ أحمد السعيد الزقرد، ، أصول قانون التجارة الدولية ، مرجع سابق، ص 148.

3) د/ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 245.

4) د/عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري ، مرجع سابق ص 14.

الحديثة لا يعتبر عائقا لتطبيق القواعد العامة.[1]، فلا يوجد ما يبرر استبعاد تطبيق القواعد العامة بل يجب تشجيع مثل هذا النوع من العقود وعدم الوقوف عثرة أمام تطورها [2].

ب-3/السكوت الملابس لا يعتبر قبولا إلكترونيا:

يرى جانب آخر من الفقه أن السكوت ولو كان ملابسا لا يصلح للتعبير عن القبول الإلكتروني أي لا يمكن تطبيق الاستثناءات المذكورة سابقا على القبول الإلكتروني نظرا لحداثة التعاقد بالوسائل الحديثة فلا دور للعرف في تنظيم هذا المجال لعدم وجود معاملات كثيرة ومستقرة تصل إلى مستوى تكوين عرف بمفهومه وعنصرين المادي والمعنوي، وفيما يتعلق بحالة ما إذا كان الإيجاب تمخض لمنفعة من وجه إليه كما لو كان هناك تبدع فإن هذا الأمر غير معتاد وغير مألوف على شبكة الانترنت[3].

يبدو أن التوجيه الأوروبي في مادته التاسعة لم يعتبر السكوت قبولا[4]بنصه على مايلي:« L'absence de réponse ne vaut pas consentement »

لقد ساند هذا الرأي الدكتور حمودي ناصر الذي أرجع ذلك إلى استحالة تصور سكوت على إيجاب دولي منشور على مستوى عالمي أن يشكل قبولا يمكن أن ينعقد به عقد بحجم عقد بيع دولي للبضائع الذي يتم إلكترونيا[5].

كما أيد هذا الرأي الدكتور خالد ممدوح إبراهيم الذي يرى أنه من الصعوبة اعتبار السكوت الملابس تعبيرا عن القبول الإلكتروني ولوفي حالة التعامل السابق بين المتعاقدين

---

[1]) إلياس بن ساسي، التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به، مجلة الباحث ، العدد الثاني ، 2003 ،كلية الحقوق والعلوم الإقتصادية ، جامعة ورقلة، الجزائر ، ص 62.

[2]) د/ ناصر حمودي ، النظام القانوني لعقد البيع ...، مرجع سابق ، ص 173، راجع كذلك : د/محمد فؤاز محمد المطالعة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، مرجع سابق ، ص 67 ، وكذلك :د/ محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص 59.

[3]) د/ شحاته غريب شرقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 110.

[4]) د/ محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص 59.

[5]) د/ ناصر حمودي ، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني...، مرجع سابق، ص 173.

والذي عادة وكثيرا ما يحدث عبر شبكة المعلومات الإلكترونية فإن السكوت -ولو كان هنالك تعامل سابق بين الطرفين- لا يكفي من الناحية العملية لاعتباره قبولا إلا إذا كان هناك اتفاق صريح أو ضمني بين الأطراف على ذلك،[1] لكن الدكتور لم يوضح كيف يمكن أن يكون هناك اتفاق ضمني بين الطرفين؟

ب-4/ الأخذ بالسكوت الملابس بحذر:

يرى جانب ثالث من الفقه أنه يجب التعامل بحذر مع الاستثناءات المذكورة في القانون التقليدي في مجال العقود الإلكترونية على الأقل في الوقت الحالي مادام أن العرف لا يلعب دورا فعليا وفعالا في مثل هذه العقود، كما أن حالة تمخض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه الإيجاب هي فرضية غير مألوفة في العقود الالكترونية، أما عن حالة التعامل السابق بين المتعاقدين فهى الحالة الأكثر شيوعا في مثل هذه التعاملات [2]، لذا لا ينبغي استنتاج القبول من مجرد التعامل السابق بين الطرفين بل لابد أن يقترن ذلك بظرف آخر يرجح دلالة السكوت على قبول العميل[3]كما لو وجد اتفاق سابق بين الطرفين على ذلك سواء اتفاق صريح أو ضمني[4]بحيث لا يثير أدنى شك على اتجاه الإرادة إلى إحداث ذلك [5].

نخلص من خلال هذه الآراء إلى جواز اعتبار السكوت الملابس قبولا أو رفضا للتعاقد بحسب الأحوال، فإن خلت كل التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية سواء العربية أو الأجنبية من الإشارة إلى اعتبار السكوت وسيلة يعتد بها للتعبير عن القبول فإن

---

[1]) د/خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق، ص 271.

[2]) د/محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الأنترنت ، مرجع سابق، ص 78.

[3]) د/ نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 45.

[4]) د/سمير حامد عبد العزيز الجمال،التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة ، مرجع سابق، ص 125.

[5]) بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت ، مرجع سابق، ص 118.

مسألة استخلاص القبول من عدمه مسألة موضوعية تدخل في نطاق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع ولا رقابه عليه من طرف محكمة النقض[1].

ثالثا: العدول عن القبول الالكتروني:

وفقا للقواعد العامة فإن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، وهذا ما يعرف بمبدأ القوة الملزمة للعقد، فمتى ثم إلتقاء الإيجاب بالقبول وقام العقد فإن تنفيذه يصبح ملزما ولا رجعة فيه[2] ،إلا أنه واستثناءا من هذه القاعدة خولت بعض القوانين للمستهلك حق إرجاع البضاعة خلال فترة معينة دون حاجة إلى وجود عيب من عيوب الإرادة[3]

أنه وفي مواجهة ما تقرره هذه القوانين للمستهلك من أحقية في الرجوع عن قبوله ولما كانت البيئة الإلكترونية توصف باللامادية وكان التعبير عن الإرادة عبرها قد يأتي بأي صورة ممكنة كالضغط على أيقونة القبول أو مجرد ملامستها وما قد يثيره ذلك من لبس في حقيقة القبول وقيمة الالتزام[4]، فقد منح للقابل في العقود الإلكتروني الحق في العدول عن قبوله بعد انعقاد العقد بإرادته المنفردة، فما مضمون هذا الحق وما مجاله وما هو أساسه من حيث القانون والفقه..؟

1/ مضمون الحق في العدول عن القبول الإلكتروني:

رغبة في توفير القدر الكافي من الحماية للقابل وهو بصدد إجراء المعاملات الإلكترونية ، وبهدف إباحة الوقت الكافي الذي يستطيع القابل من خلاله الاطلاع على مضمون الإيجاب والتعرف على ملاءمته لاحتياجاته الفعلية ومن ثم تعليق إبرام العقد على

---

[1]) هذا ما توصلت إليه محكمة النقض المصرية في عدة قرارات لها ، راجع في ذلك : د /خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص 271.

[2]) د/أحمد السعيد الزقرد ، أصول قانون التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص 153.

[3])د/ نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق ، ص 49.

[4]) د/عمر خالد زريقات،عقود التجارة الإلكترونية ، مرجع سابق، ص 170.

صدور الإرادة الواعية المستنيرة منه، لا سيما أن العقود المبرمة إلكترونيا لا يسمح للقابل أن يحكم بدقة على محل العقد مهما بلغت دقة وأمانة وصف الموجب له، كانت النتيجة المترتبة على ذلك منح القابل رخصة للعدول عن العقد خلال مدة معينة تبدأ من تاريخ تسلمه لمحل العقد.[1]

نظرا لكون عدول القابل عن قبوله في العقد الإلكتروني حكم مخالف لمبدأ إلزامية العقد فإنه وجب لتطبيق هذا الحكم أن ينص عليه صراحة إما في اتفاق الطرفين أو في القانون وهذا ما جعل العديد من التشريعات تقر صراحة أحقية المستهلك في العدول بشأن العقود الإلكترونية خلال فترة السماح[2]

تتمثل فترة السماح في الفترة التي يتمتع بها المستهلك بالحق في العدول[3] عن قبوله ومن ثم تعليق إتمام العقد على صدور الإرادة الواعية المستنيرة للمستهلك ، وذلك حتى لا يستفيد مورد السلعة أو الخدمة من قصر الوقت المتاح للمستهلك للنظر في العقد المعروض عليه ليحصل منه على التوقيع ، باعتبار أن هذا الأخير لا يرى المنتج أو السلعة فقد يتسلم منتجا لا يتفق والمواصفات المتعاقد عليها، ومن ثم تسمح له فترة السماح بإرجاع هذا المنتج والعدول عن قبوله.

نظم التوجيه الأوروبي رقم (97/07) الخاص بحماية المستهلك بشأن التعاقد عن بعد حق المستهلك في العدول في مادته السادسة إذ منحت للمستهلك حق الرجوع عن قبوله في

---

[1]) بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت ، مرجع سابق، ص 143.

[2]) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 272.

[3]) يستخدم الفقه الفرنسي عدة مصطلحات للتعبير عن حق العدول كـــ :Droit de rétractation, droit de repentir وقد ترجمت هذه المصطلحات إلى عدة مصطلحات عربية منها: الحق في إعادة النظر، خيار الرجوع ، الحق في الرجوع ، ورخصة السحب.

مدة ستة أيام عمل وبدون إعطاء أي سبب ، أو حتى بدون أن يتعرض لأي جزاء ، والإلتزام الوحيد الملقى على عاتقه هو تحمل أعباء إرجاع السلع إلى المهني[1].

تقرر هذا الحق للمستهلك في تقنين الاستهلاك الفرنسي بنصه في المادة 16/121 منه على ما يلي : "يحق للمشتري في كل عملية بيع عن بعد إعادة المنتج خلال مدة سبعة أيام كاملة تبدأ من تاريخ تسلمه سواء لاستبداله أو لاسترداد ثمنه دون مسؤولية أو نفقات فيما عدا تكاليف الرد".[2]

كما تقرر هذا الحق بمقتضى نص المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم 21/88 الصادر في 2 جانفي 1988 التي تنص على مايلي:" في كافة العمليات التي يتم فيها البيع عبر المسافات فإن للمشتري الحق في إعادة النظر في المبيع برده سواء لاستبداله أو لإسترداد ثمنه" "la faculté légale de retour"[3].

يستخلص من هاتين المادتين أن المشرع الفرنسي أجاز في التعاقد الإلكتروني إمكانية إرجاع المنتج واستبداله خلال فترة 7 أيام من تاريخ استلامه [4]بدون أي مقابل فيما عدا مصاريف النقل وبدون إبداء أسباب ، ومدة السبعة أيام تشمل أيام العمل فقط وليس من بينها أيام السبت والأحد وتبدأ من تاريخ تسلم السلعة.

أ /مجال الحق في العدول :

ينبغي التذكير أن المشرع الفرنسي لا يطبق هذا الحق بالنسبة للخدمات بل إقتصره على المنتجات المادية فقط[5] ، وإن اتفق القانون الفرنسي والتوجيه الأوروبي على مبدأ الحق في العدول، إلا أن التوجيه الأوروبي رقم 97/7 الصادر في 97/05/20 الخاص

---

1) د/ محمد سعيد أحمد إسماعيل ، أساليب الحماية القانونية ... ، مرجع سابق ، ص 394 و 395.

2) Jean BEAUCHARD, L’offre dans le commerce électronique, op.cit, p46.

3) Olivier D’AUZON, Le droit du commerce électronique, op.cit, p53.

4) Huet, Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux ,L.G.D.J, Paris, 1996, p 452

5) د/خالد ممدوح ابراهيم ، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2008 ، ص 242 .

بالبيع عن بعد له مجال أوسع ، حيث يتضمن حق المستهلك في العدول عن المنتجات والخدمات بموجب نص المادة(1/2) التي نصت على ما يلي:" كل عقد عن بعد يجب أن ينص فيه على أحقية المستهلك في العدول خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام[1]تبدأ من تاريخ الاستلام بالنسبة للمنتجات والسلع، أما بالنسبة للخدمات فإن مهلة السبعة أيام تبدأ من تاريخ إبرام العقد أو من تاريخ كتابة المورد الإقرار الخطي وتصل هذه المدة إلى ثلاث أشهر إذا تخلف المورد عن القيام بإلتزامه بإرسال إقرار مكتوب يتضمن العناصر الأساسية للعقد"،[2] وقدساير هذا الإتجاه القانون التونسي للمعاملات الإلكترونية.

ب/الحق في العدول ليس مطلقا:

إن الحق في العدول ليس مطلقا فهناك بعض العقود التي لا يحق للمستهلك أن يعدل عن قبوله فيها مثل تنزيل برنامج موسيقى أو أغاني من على شبكة الانترنت وتحميله على جهاز الكمبيوتر الخاص بالمستهلك ثم نسخه واستعماله فإن العقد يكون قد أبرم ولا يجوز العدول عنه[3] ، لذا نص التوجيه الأوروبي على أنه:" في حالة تنزيل برنامج من على الشبكة فإن العقد قد أبرم ولا يجوز العدول عنه، ما لم يكن هناك اتفاق مسبق بين الطرفين على خلاف ذلك".

نفس الشيء بالنسبة لعقود التوزيع للسلع المصنعة بمواصفات حددها المستهلك أو سلع سريعة التلف ، فقد نص قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية في الفصل الثلاثون منه على أنه:" يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في مدة 10 أيام عمل تبدأ بالنسبة للمنتجات من تاريخ تسلمها وبالنسبة للخدمات من تاريخ إبرام العقد" ، إلا أن هذا القانون

---

[1]) نص القانون الأمريكي على فترة سماح أطول وهي ثلاثون يوما من تاريخ استلام السلعة، راجع في ذلك : المرجع نفسه ، ص 246.

[2]) د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 274.

[3]) Olivier D’AUZON, Le droit du commerce électronique, op.cit, p 54.

قد أورد بعض الاستثناءات على حق العدول في الفصل الثاني والثلاثون تتمثل في الحالات التالية:

1- عند طلب توفير خدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك.

2- عند تزويد المستهلك بمنتجات حسب متطلباته الشخصية أو منتجات لا يمكن إعادة إرسالها أو قابلة للتلف أو الفساد لانتهاء مدة صلاحيتها.

3- عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها آليا.

4- شراء الصحف والمجلات[1].

يلاحظ أن هذه الاستثناءات جد معقولة لإستحالة رد المنتجات محل العقد ولتضرر الموجب من ردها لا سيما إذا انتهت مدة صلاحيتها أو أفسدت في الطريق...

نص المشرع المصري في قانون حماية المستهلك على حل وسط بين القانون الفرنسي والأمريكي حيث تضمنت المادة 8 منه على مهلة 14 يوما التالية لتسلم السلعة للعدول لكن بتوفر شرط من الشروط التالية: إذا وجد هناك عيب في البضاعة أو خطأ في المناولة والتخزين أو لعدم مطابقة المواصفات.

يلاحظ أن هذه الأسباب مستمدة من القواعد العامة للعقد ، ولا تعتبر استثناءا لها، فالمشرع المصري لم يقم إلا بتحديد فترة العدول في حاله ورود خطأ عقدي يتمثل في عدم تنفيذ الموجب لإلتزامه التعاقدي أو التأخير في تنفيذه ويستوي أن يكون عدم التنفيذ فيه أو التأخير فيه عن عمد أو إهمال من المدين[2]

---

[1]) أمير فرج يوسف ، عالمية التجارة الإلكترونية ، مرجع سابق ، ص 474 و 475

[2]) د/ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 328.

لم يرد أي نص في قانون اليونسترال يجيز العدول[1]، إذا فالحق في العدول عن القبول وفقا لقانون الاستهلاك الفرنسي حق إرادي محض يترك تقديره لكامل إرادة المستهلك وفقا للضوابط القانونية وهو حق يمس بالقوة الملزمة للعقد ويشكل خروجا على هذا المبدأ وقد اختلف الفقه في شأن تحديد الأساس القانوني لهذا الحق كما يلي:

2/ **<u>الأساس القانوني للعدول :</u>**

إختلف الفقه حول تكييف حق العدول و أسسه ، إذ يرى الكثير من الفقهاء أن حق العدول في العقود الإلكترونية مستمد من بعض الأنظمة القانونية التي تتضمن مثل هذا الحق مثل: البيع بشرط التجزئة أو المنطق، البيع مع خيار العدول، البيع المعلق على شرط واقف أو فاسخ والوعد بالتعاقد والعقد التجريبي[2]...إلخ

في حين يرى جانب آخر من الفقه أن هذا الحق يمكن من فسخ العقد الذي إرتضاه المستهلك على عجالة وهو يعتبر انتهاكا لمبدأ سلطان الإرادة على العقود ، عكس ما ذهب إليه جانب آخر من الفقه الذي يرى أن منح المستهلك مهلة قانونية معقولة للتفكير في إبرام العقد خلالها يعتبر حماية للمستهلك من التسرع في إبرامه، إلا أن هذا الرأي يتجاهل أن العقد قد تم قبل فترة العدول ولا تعتبر هذه الفترة فرصة للتفكير قبل إبرام العقد.

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أبعد من ذلك بالقول أن العقد الإلكتروني المتضمن حق المستهلك في العدول هو عقد غير لازم، فهو يعتبر في الواقع عقدا نافذا لانعقاده صحيحا وبالتالي منتجا لآثاره القانونية ولكنه يتضمن حق العدول لمصلحة المستهلك ، فيستطيع هذا الأخير العدول عنه وفقا لنظرية العقد غير اللازم لأحد طرفيه[2].

---

[1]) محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص 147.

[2]) د. خالد ممدوح ابراهيم ، حماية المستهلك ... ، مرجع سابق، ص 248.

2) د/ محمد السعيد الرشدي، الانترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع الكويت، 1997، ص 185.

الفرع ثاني: شروط القبول الإلكتروني

القبول بوصفه تعبيرا عن الإرادة لابد أن تتوفر فيه الشروط العامة التي تتعلق بوجود الإرادة والتعبير عنها واتجاهها إلى أحداث أثر قانوني وأن يصدر والإيجاب لا يزال قائما وأن يقترن بالإيجاب ويكون مطابقا له.[1]

أولا: تطابق القبول مع الإيجاب:

إن الأصل في القواعد العامة أن يكون القبول مطابقا للإيجاب لإبرام العقد بمعنى أن الاتفاق على بعض شروط العقد لا يكفي من حيث الأصل لإتمام العقد بل لابد من الاتفاق على جميع مسائل وشروط العقد[2]بمعنى مطابقة القبول للإيجاب مطابقة تامة ولا يقصد هنا مطابقة الألفاظ والصيغ [3]إنما يقصد بها المطابقة في الموضوع بشكل يكون صدور القبول بالموافقة على جميع المسائل التي تضمنها الإيجاب دون تفرقة بين ما يعد من المسائل الجوهرية وما يعد من المسائل التفصيلية الثانوية[4].

لقد وردت قاعدة مطابقة القبول للإيجاب في عدة قوانين منها التقنين المدني المصري الذي ينص في مادته 96 على ما يلي:"إذا اقترن القبول بما يزيد عن الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه أعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا".

وأورها المشرع الجزائري في المادة 66 من التقنين المدني الجزائري واعتبر القبول الذي يقترن بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه رفضا يتضمن إيجابا جديدا[5]، ونص

---

1) Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Eric SAVAUX, Les obligations, op.cit, p115.

2) د/أمجد محمد منصور، النظرية العامة للإلتزامات ، مرجع سابق، ص 72.

3) د/عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري ، مرجع سابق، 132.

4) د/أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، البحوث القانونية في مصادر الإلتزام ...، مرجع سابق، ص 41.

5) د/ العربي بلحاج ، النظريةالعامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق، ص 75.

على هذا المبدأ التقنين المدني الأردني في مادته 99، وكذا التقنين المدني العراقي في مادته 85.[1]

لقد سايرت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع هذه القاعدة، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة 19 منها: " إذا انصرف الرد على الإيجاب إلى القبول ولكن تضمن إضافات أو تحديدات أو تعديلات يعد رفضا للإيجاب ويشكل إيجابا مقابلا"[2].

استثناءا من قاعدة مطابقة القبول للإيجاب أجازت معظم التشريعات انعقاد العقد بمجرد الاتفاق على الشروط الجوهرية حتى ولو وجدت مسائل تفصيلية أو ثانوية تركت دون اتفاق عليها شرط أن لا يتفق الطرفان على خلاف ذلك[3].

يعني هذا الاستثناء أن الطرفين يتفقان على جميع المسائل والشروط الجوهرية في العقد ويحتفظان بالمسائل التفصيلية التي يؤجلان الاتفاق عليها لاحقا مع انعقاد العقد رغم وجود مسائل مؤجلة بينهما ، وهذا ما نصت عليه المادة 65 من القانون المدني الجزائري: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها أعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتفق عليها اعتبر مبرما وإذا قام خلاف على هذه المسائل التي لم يتفق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة والأحكام القانون والعرف والعدالة".[4]

---

[1]) د/ نضال إسماعيل برهم ،أحكام عقود التجارة الإلكترونية ، مرجع سابق ، ص 42.

[2]) محمود عبد الرحيم شريفات ، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق ، ص 141.

[3]) معوض عبد التواب، الوسيط في دعوى صحة التعاقد ودعوى صحة التوقيع على البيع، مرجع سابق ، ص231.

[4]) د/ العربي بلحاج ،النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 75 ، راجع كذلك: د/ نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية ، مرجع سابق ، ص 244.

وهذا ما نص عليه المشرع المصري في المادة 95 من القانون المدني المصري[1]، وكذا المشرع الأردني في نص المادة 100 من القانون المدني الأردني، يفهم من نص المادة المذكورة أعلاه وجود حالتين ينبغي التمييز بينهما:

الحالة الأولى: اعتبار الأطراف أن المسائل التفصيلية ليست ذات أهمية ينعقد العقد بتخلفها وتترك للقاضي السلطة التقديرية إذا اتصل بنزاع.

الحالة الثانية: حالة اعتبار الأطراف أن المسائل التفصيلية مسائل أساسية في العقد ،فلا أثر للعقد إذا تخلفت مسألة من تلك المسائل [2].

يستنبط من هاتين الحالتين أن المشرع لم يحدد معيارا للتمييز بين المسائل الجوهرية والمسائل التفصيلية ، بل ترك الأمر لتفاوض الأطراف ، فيكفي لوجود التطابق الاتفاق على المسائل الجوهرية[3] ، لذا يؤدي التفرقة بين المسائل الجوهرية والمسائل الثانوية دورا هاما في مرحلة إبرام العقد، إذ تعتبر المسائل الجوهرية المقومات الأساسية التي لابد من وجودها لقيام العقد، فتخلف أي منها يحول دون ميلاده ودون ترتيب آثاره القانونية .

إن العقود الإلكترونية التي تبرم تكون في الغالب ما بين شخص محترف وشخص عادي مما يترتب على ذلك وجود إخلال في التوازن العقدي، لذلك اختلف الفقهاء حول معيار تحديد العناصر الجوهرية من الثانوية .

---

[1]) أحمد محمد أبو الروس، الموسوعة التجارية الحديثة، الدار الجامعية ، الإسكندرية، (د.تا) ، ص 47.

[2]) فراح مناني ، العقد الإلكتروني ، مرجع سابق، ص 97.

[3]) محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص 101.

1/ **المعيار الموضوعي:**

يعتمد المعيار الموضوعي لتحديد المسائل الجوهرية على ما يقرره القانون، نوع هذا العقد وما استقر عليه العرف في ذلك المجال ، فلا دخل فيها لنية الأطراف[(1)] .

بالرجوع إلى القانون فإن الأركان الأساسية للعقد هي الرضى، والمحل والسبب، إضافة إلى الأركان الخاصة بكل عقد من العقود المسماة، والتي تحدد ماهية العقد وتميزه عن غيره من العقود.

وقد تبنت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع في مادتها 3/19 المعيار الموضوعي، فحددت حصرا المسائل الجوهرية التي من شأنها أن تفسد القبول وتحوله إلى إيجاب جديد[(2)]، وهذه المسائل هي :

" الثمن، طريقة الدفع، كمية ونوع البضاعة، محل العقد، مكان وزمان التسليم، ومدى مسؤولية كل طرف إزاء الآخر وطريقة تسوية النزاعات[(3)]".

لقد خشي واضعوا اتفاقية فيينا من تباين التشريعات الوطنية حول مسألة ما يعتبر جوهريا من عناصر البيع وما لا يعتبر كذلك ، لا سيما أنها مسألة موضوعية بما ينعكس على توجيه أحكام البيع ذاته ، فرأت أن تحصر المسائل الجوهرية فيما سبق ذكره.

يترتب على حصر هذه المسائل نتيجة مؤداها أن تعديل المخاطب بالإيجاب لأي منها يعتبر رفضا لا ينعقد به العقد، إلا أن محكمة استئناف باريس قضت بأن موضوع

---

[1]) د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 279.

[2]) د/ نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 43.

[3]) د/أحمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية ، مرجع سابق، ص148 ، راجع كذلك : د/نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص 44.

تسديد الثمن هي شروط خاصة لا تدخل ضمن العناصر الجوهرية للعقد في نطاق المعلوماتية[1].

2/ المعيار الشخصي:

يعتمد المعيارالشخصي على الإرادة المشتركة لأطراف العقد لتمييز المسائل الجوهرية عن الثانوية ، ويتم الكشف عن هذه الإرادة بجميع الطرق ، ومنها المعاملات السابقة والظروف المحيطة بالعقد[2]، ففي هذه الحالة يتم إرجاء الخلافات حول تحديد العناصر الجوهرية والثانوية إلى القضاء للنظر فيها ، والفصل فيها من خلال دراسة ظروف التعاقد وأساسياته[3].

نظرا لعدم وجود معيار حاسم لتطبيقه في العقود الإلكترونية، فإن هناك من يرى[4]أن طريقة التعبير عن القبول هي التي تحدد المعيار الذي يؤخذ به، إذ تعطي العقود التي تبرم عبر وسائل البريد الإلكتروني أو خدمات الاتصال على الخط كغرف المحادثة وهاتف الانترنت نوعا من الحرية للمتعاقدين للتفاوض للوصول إلى صيغة نهائية لهذا العقد ،وهذا ما يسمح بتصور احتواء القبول على تعديلات في الإيجاب بالنقص أو الزيادة أو اختلاف في المسائل الجوهرية أو التفصيلية ، وعندها فالعقد لا ينعقد لعدم تطابق القبول مع الإيجاب، أما إذا تم الاتفاق على المسائل الجوهرية وتم تأجيل الاتفاق على المسائل التفصيلية دون الاتفاق على اعتبار العقد غير منعقد ، فعندها يعتبر العقد مبرما ويعودا لقاضي الموضوع للفصل في المسائل التفصيلة ، إذا اختلف بشأنها المتعاقدان.

بينما تكون أغلب العقود الإلكترونية مبرمة بين مواقع الويب الالكترونية وبين جمهور مستخدمي الشبكة عبر نماذج العقود التي تطرحها هذه المواقع، والتي تحتوي

---

[1]) د/ نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، مرجع سابق، ص 11.

[2])د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 279.

[3]) د/محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، مرجع سابق، ص 66.

[4]) د/ محمود عبد الرحيم شريفات ، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق ، ص 145.

بنودها علـــى كافة المسائل الجوهرية والثانوية التي يختارها صاحب الموقع لوحده، وما على المتعاقد الذي يرغب في التعاقد إلا الضغط على خانة القبول في هذا العقد ، معبرا عن قبوله ، وبذلك يكون قبوله مطابقا تماما للإيجاب ، وهذا هو واقع التعامل عبر شبكة الانترنت .

يرى جانب آخر من الباحثين ومنهم الأستاذ خالد ممدوح إبراهيم أنه في العقود الإلكترونية يكفي الاتفاق على المسائل الجوهرية دون التفصيلية ، ما لم يوجد نص أو اتفاق مخالف، وأن تحديد هذه المسائل تختلف بحسب ما إذا كان العقد من العقود المسامة أو غير المسماة ، فبالنسبة للعقود المسماة فإن العناصر الجوهرية يتم استخلاصها من القواعد العامة والتنظيم التشريعي للعقد، ومن الظروف التي تحيط إبرامه، أما بالنسبة للعقود غير المسماة ، فإن تحديد العناصر الجوهرية مسألة تقديرية تترك لقاضي الموضوع ، والذي يتحرى الإرادة المشتركة للمتعاقدين عبر المفاوضات والخطابات المتبادلة بينهما "خطابات النوايا" ، وكذا طبيعة التعامل والعرف الجاري ومقتضيات العدالة[1] .

وهناك من الباحثين من يرى ضرورة الجمع بين المعيارين ، بحيث يؤكد المسائل الجوهرية بمفهوم موضوعي ومفهوم شخصي في نفس الوقت، فيكون لدينا مفهوم جديد، يتمثل في ضرورة توفر العناصر الأساسية للعقد ، والتي يؤدي تخلفها إلى عدم توافر أركان العقد مع توفر المسائل الإضافية التي تعتبر أساسية بحسب قصد المتعاقدين[2].

---

[1]) د/خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 28.

[2]) د/ نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 44.

ثانيا: القبول البات :

إن القبول تصرف قانوني يتجه إلى إحداث أثر قانوني ، لذا يجب أن يكون بات ، ولا يجوز العدول عنه إذا ما تلاقى مع الإيجاب ، إلا أنه استثناءا يمكن العدول عن القبول الإلكتروني ، فهل أن الحق في العدول يتعارض مع كون القبول بات؟

1/ تعريف القبول البات:

إن القبول مثل الإيجاب تماما يجب أن يكون جازما متجها إلى تكوين العقد والالتزام به، بمعنى أن يتضمن القبول نية قاطعة ممن صدرت منه تنصب على عناصر الإيجاب بقصد إنشاء العقد[1] ، لذا إذا صدر قبول وعلق على التروي أو التفكير أو على تأييد جهة معينة، فإنه لا يصلح أن يكون قبولا منتجا يتم به العقد[2].

إذا فالأصل أن إلتقاء الإيجاب مع قبول مطابق له يكفي بحد ذاته لإبرام عقد ملزم لكلا الطرفين ، استنادا إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولا يجوز لأحدهما أن يعدل عن رأيه ، وإلا تحمل مسؤولية ذلك، وهذا ما عبرت عنه المادة 22 من قانون البيع الدولي بقولها أن الرجوع عن القبول هو سحب للقبول ، ويجوز ذلك إذا وصل طلب السحب إلى الموجب قبل الوقت الذي يحدث فيه القبول أثره أو في نفس الوقت.

يفهم من مضمون هذه المادة أن وصول القبول إلى الموجب يعني أنه أحدث أثره من حيث انعقاد العقد، خصوصا أن القانون الموحد قد ربط بين الوقت الذي ينعقد فيه العقد والوقت الذي يحدث فيه القبول أثره بوصوله إلى علم الموجب.

---

[1]) د/ خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء الإتفاقات الدولية والتشريعات العربية ، دار الجامعة الجديدة ، الأسكندرية ، 2007 ، ص 242.

[2]) د/عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري ، مرجع سابق، ص 129.

ومعنى ذلك بمفهوم المخالفة أن الأصل عدم إمكانية الرجوع عن القبول بعد وصوله إلى الموجب، إلا أنه إذا وصل طلب الرجوع في نفس الوقت مع القبول أو وصل قبل وصول القبول فإن المسألة يفصل فيها قاضي الموضوع[1] .

أعطت بعض التشريعات الحديثة الخاصة بحماية المستهلك للمستهلك الحق في العدول في العقود الإلكترونية، ألا يعتبر منح المستهلك حقا في الرجوع عن قبوله بعد أن ثبت أن قبوله بات -أي توجهت إرادته إلى إحداث أثر قانوني- تناقضا؟.

2/ الحق في العدول لا يتعارض مع القبول البات :

تعتبر العقود الإلكترونية التي تتضمن الحق في العدول عقودا صحيحة ، ولكنها غير لازمة ، وتتحول إلى عقود لازمة بمجرد انتهاء مدة العدول ، دون قيام المستهلك بالعدول عن قبوله.

العقد غير اللازم هو عقد صحيح نافذ تترتب آثاره، لكن يكون لكل من عاقديه أو أحدهما أن يتحلل منه أو يفسخه دون توقف على رضى الطرف الآخر[2] ، ويمكن قياس حق العدول الممنوح للمستهلك ببعض الأنظمة البديلة له التي تحقق نفس النتيجة، كوجود خيار الشرط[3] ، الذي يمنح للمتعاقد الحق في فسخ العقد خلال مدة معينة ، إذا لم تناسبه السلعة التي أشراها أو الخدمة التي تعاقد عليها، وفي هذه الحالة يصبح العقد غير لازم بالنسبة لهذا المتعاقد الذي اشترط هذا الشرط وله أن يفسخ العقد إذا رأى ذلك[4].

---

[1])د/ أحمد السعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية ، مرجع سابق، ص 153.

[2]) عدلان السرحان ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية(الالتزامات)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2000، ص 255.

[3]) مثال ذلك أن يقول البائع للمشتري:"بعتك هذه السيارة ولك الخيار ثلاثة أيام"، ويجوز حق الخيار في العقود القابلة للفسخ كالبيع، ولا يجوز في العقود اللازمة غير القابلة للفسخ كالزواج والخلع ولا في العقود غير اللازمة كالوديعة .

[4]) محمود محمد حمودة ومحمد مطلق عساف، فقه المعاملات، مؤسسة الوراق، عمان ، 2000، ص40.

يصعب قياس هذه الفرضية على العقود المبرمة عبر مواقع الويب فهي عبارة عن عقود إذعان لا يمكن للمستهلك أن يشترط لنفسه خيار الشرط إلا أنه يمكن اللجوء إلى نظام آخر بديل يتمثل في خيار الرؤية الذي يمنحه المشرع في بعض التشريعات للمتعاقد الذي لم يرى المعقود عليه، فله الحق خلال المدة المتفق عليها أن يرى محل العقد فيجيز العقد أو يفسخه[1].

خلاصة القول فإن القبول في العقود الإلكترونية وإن تضمن الحق في العدول ، إلا أنه بات ينعقد به العقد، باعتبار أن الحق في العدول، وإن وجد فهو حق يعطى للمستهلك بعد إبرام العقد.

ثالثا: وقت صدور القبول الإلكتروني:

لا أثر للقبول إلا إذا صدر أثناء قيام الإيجاب وهذا أمر بديهي ، فالقبول جواب على الإيجاب ، فإذا لم يعد الإيجاب قائما كان القبول جوابا لمعدوم [2] ، ويطلق على هذا الشرط في الفقه الإسلامي ب" إتحاد مجلس الإيجاب والقبول حقيقة وحكما".[3]

إن الموجب غير ملزم بالبقاء على إيجابه إلى مالا نهاية، والإيجاب معرض للسقوط، لذا يجب صدور القبول وقت قيام الإيجاب حتى يتم الاقتران بينهما، فقد يصدر الإيجاب مقترنا بأجل فيبقى قائما إلى نهاية الأجل المعين ، وقد يصدر في مجلس العقد ويقتضى بذلك أن يكون القبول فوريا أي قبل أن ينفض المجلس ما لم يعدل الموجب عن إيجابه[4].

---

[1]) محمود محمد حمودة ومحمد مطلق عساف، فقه المعاملات، مرجع سابق ، ص 45.

[2]) د/عبد رزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق، ص 48.

[3])د/ عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفورية ، مرجع سابق، ص 129.

[4]) David NOGUERO," L'acceptation dans le contrat électronique", Le contrat électronique au cœur du commerce électronique, Université de poitiers, Paris, 2005, p62.

1/ **إختلاف الفقهاء حول وقت صدور القبول** :

تدل النصوص التي دونها الفقهاء على أن وحدة المجلس لكي تتحقق لابد من توفر شرطين وهما وحدة المكان وعدم إغراض أي منهما عن التعاقد ، فلو وجد إغراض إنفض المجلس ولو اتحد المكان، وبالرغم من اتفاق الفقهاء على اشتراط اتحاد المجلس في الإيجاب والقبول ، إلا أنهم اختلفوا بشأن المدة التي يجب أن يصدر فيها القبول، ويتم فيها اتحاد المجلس، فذهب البعض منهم إلى وجوب صدور القبول الفوري، بينما ذهب جانب آخر إلى جواز صدور القبول حتى نهاية المجلس ، ولو تأخر عن الإيجاب ما دام لم يرجع المتعاقد الأول عن إيجابه.

ومع ذلك ففي التعاقد بين غائبين، فإنه استثناءا إذا صدر القبول في وقت مناسب، ولكنه وصل بعد الميعاد لتأخر في الطريق ، وعلم الموجب بذلك ، فإن حسن النية يفرض عليه في حالة الرفض أن يخطر القابل بذلك ، فإذا ظل ساكتا ولم يخطر بالرفض جاز للقاضي أن يعتبر هذا السكوت قبولا ، كحالة من حالات السكوت الملابس[1].

2/ الرأي الراجح :

إن الرأي الثاني القائل بجواز صدور قبول حتى نهاية المجلس ينسجم مع طبيعة المعاملات الإلكترونية ومقتضياتها ، لأن اشتراط الفورية على أطراف العقد قد يؤدي إلى إحراج كبير للمتعاقدين، لا سيما للذي وجه إليه الإيجاب ، فقد يحتاج إلى وقت للتفكير والتروي قبل أن يصدر قبوله.

ويختلف وقت القبول الإلكتروني حسب الوسيلة المستعملة ، فإن عرض الموجب إيجابه عبر خدمات الاتصال المباشر عبر الانترنت كغرف المحادثة أو الهاتف، فإن وقت القبول محدود بوقت المحادثة أو المكالمة الهاتفية فيجب أن يصدر القبول مباشرة أو أثناء

---

[1]) د/ أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، البحوث القانونية في مصادر الإلتزام الإرادية وغيرالإرادية ، مرجع سابق، ص 42 ، راجع كذلك : د/ أحمد السعيد الزقرد ، أصول قانون التجارة الدولية ، مرجع سابق، ص 142.

المحادثة وقبل إتمامها ،فإن انتهت دون قبول ينقضي الإيجاب ولا عبرة بالقبول الذي يصدر بعده[1]، وهذا ما ينطبق على عقود البيع الدولي التي تبرم عبر الانترنت[2] ، وقد أكدت اتفاقية فيينا على وجوب قبول الإيجاب الشفوي مباشرة، إلا إذا تبين من الظروف خلاف ذلك[3].

وقد يمتد وقت القبول إلى الوقت المحدد للإيجاب ، فإن تأخر عن هذا الوقت فلن يعتد به ، وهو الشيء المعمول به في وسائل الاتصال غير المباشرة على شبكة الانترنت كالبريد أو موقع الويب ، وهذا ما أكدته لجنة اليونسترال، إذ جاء في البند 3-2-4 من مشروع العقد النموذجي :" يعتبر القبول مقبولا إذا تسلم مرسل هذا الإيجاب قبولا غير مشروط للإيجاب خلال التوقيت المحدد".

إن صدور القبول خلال التوقيت المحدد يعني أن الإيجاب لا يزال قائما، أو أنه صدر في مجلس العقد، ونظرية مجلس العقد مستمدة من الفقه الإسلامي ، واعتنقتها التشريعات العربية[4] ، فهل أن النظرية التقليدية لمجلس العقد هي نفسها في المعاملات الإلكترونية..؟

---

[1]) راجع المادة 64 من القانون مدني جزائري.

[2]) محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص 149.

[3]) راجع المادة 2/18 من اتفاقية فيينا.

[4]) د/ أمجد محمد منصور، النظرية العامة للإلتزامات ، مرجع سابق، ص 73.

المبحث الثاني

مجلس العقد الإلكتروني

يعتبر العقد منعقدا في اللحظة التي يقترن فيها القبول بالإيجاب ، باعتبار أن التقاء الإرادتين هو الذي يخلق العقد ، وهو الذي يحدد وقت تحقق الرابطة القانونية ، غير أن الإشكال يطرح في العقد الإلكتروني بإعتباره عقدا مبرما عن بعد ، فالبعد المادي لطرفيه ووسيلة إبرامه قد ألغيا كل المفاهيم المرتكزة على عنصر التحديد المكاني ، مما أثار خلافا فقهيا حول الطبيعة القانونية لهذا العقد ، الشيء الذي أثر على ماهية مجلس العقد الإلكتروني (المطلب الأول) .

إن تحديد ماهية مجلس العقد الإلكتروني يؤدي إلى حل العديد من الإشكالات القانونية التي يثيرها ظرفي تلاقي الإرادتين وهما الزمان والمكان ، بإعتبار أن تحديد وقت إبرام العقد يؤثر على وجود العقد في حد ذاته ، وأن لتوطين العقد آثار بالغة الأهمية في مجال القانون الدولي الخاص (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ماهية مجلس العقد الإلكتروني

إن تطابق الإرادتين هو أساس انعقاد العقد ، فلابد من تلاقي إرادة الموجب وإرادة القابل حتى يتم العقد، فسواء كان الموجب يتعاقد بنفسه عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، أو من خلال نائبه ، فإنه يجب أن يقبل الطرف الآخر العرض دون زيادة أو نقصان، لكن يظل البعد المكاني بين الموجب والقابل في العقود الإلكترونية واقعا مؤثرا لا يمكن تجاهله أو إنكاره.

وقد نتج عن اختلاف المكان بين الموجب والقابل تغير نظرة الفقه الحديث لأحكام مجلس العقد بعد ظهور وسائل الاتصال الحديثة (الفرع الأول) ، الأمر الذي أدى إلى اختلاف الآراء الفقهية حول الطبيعة القانونية للعقد المبرم عبر هذه الوسائل (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أحكام مجلس العقد

إن التعاقد عن البعد يجعل كلا المتعاقدين بعيدا عن الآخر، وفي التعاقد الإلكتروني يفترض تدخل وسيط إلكتروني لإيصال إرادة أحد الطرفين بغية إتحادها مع إرادة الآخر ، فسمة التعاقد بين غائبين أنه يتم دون أن يسمع أحد المتعاقدين كلام الآخر فور أداء عبارته، الأمر الذي يتطلب بالضرورة فوات فترة زمنية معينة تطول أو تقصر بين تعبير كل من الطرفين عن إرادته ووصول تعبيره هذا إلى علم الآخر[1]، ومن هنا يتجلى أن لمجلس العقد ركنان أساسيان، وهما الركن المادي وهو المكان، والركن المعنوي وهو الزمان ، فما هو التعريف الفقهي والقانوني لمجلس العقد ؟(أولا) ، وكيف تحدد فترته الزمانية في العقود الإلكترونية ؟(ثانيا)

أولا: تعريف مجلس العقد:

إن مجلس العقد فكرة إسلامية اقتبست من الفقه الإسلامي، فهل اختلفت نظرة الفقه الحديث لهذه المسألة مع ظهور التعاقد الإلكتروني؟

1/ تعريف مجلس العقد في الفقه الإسلامي :

مجلس العقد هو اصطلاح شرعي يقصد به اجتماع المتعاقدين في نفس المكان والزمان ، بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة، حالة كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل، وينقضي مجلس العقد بالمفارقة الجسدية للمكان من أحد المتعاقدين أو

---

[1]) د/ أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، دار الجامعة الجديدة ، الأسكندرية، 2006 ، ص 83.

كلايهما، ولكنه يعتبر منفضا كذلك- ولو لم يبرح المتعاقدين المكان- إذا شغلهما أو شغل أحدهما عن التعاقد شاغل.

ويقوم مجلس العقد في الفقه الإسلامي على وحدة المكان ووحدة الزمان، ومؤدى ذلك ضرورة أن يصدر الإيجاب والقبول في نفس المكان وفي نفس الجلسة، وقد أخذ المذهب الحنفي بالمفهوم الضيق لمجلس العقد بإرسائه على وحدة المكان والزمان ، حيث اعتبر أن أي تغيير في المكان لأحد المتعاقدين ولو كان يسيرا ينهي المجلس، حتى أن وقوف القابل للتعبير عن قبوله بعد أن أصدر الموجب إيجابه و هما جالسين لا يؤدي إلى انعقاد العقد.

لقد وجهت عدة انتقادات لهذا الرأي لكونه مبالغ فيه كثير، ولا يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء ، لا سيما مبدأ الرضائية ، لذا يرى فقهاء المالكية والحنابلة أن مجلس العقد يظل قائما حتى ينفض بالمفارقة الجسدية ، أو بأي قول أو فعل يدل على رغبة المتعاقدين في فض المجلس[1]. وقد تعددت المحاولات التي تتناول تعريف مجلس العقد سواء في الفقه الإسلامي أو الفقه المعاصر وحاول هذا الأخير التحرر من القواعد الشكلية البالية التي كانت معهودة في السابق.

2/ **تعريف مجلس العقد في الفقه المعاصر** :

ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى تعريف مجلس العقد بأنه: "مكان وزمان التعاقد والذي يبدأ بالانشغال البات بالصيغة وينفض بانتهاء الانشغال بالتعاقد".

يفهم من هذا التعريف أن مجلس العقد يمنح للمتعاقدين مهلة كافية للتفكير والتدبر في أمر التعاقد ، ومن هنا تتجلى أهمية مجلس العقد، فللطرفين الحق في التراجع عن إرادتهما طالما أنهما لم يلتقيا، فيثبت للموجب حق خيار الرجوع عن إيجابه، ويثبت للقابل خيار الرجوع عن قبوله ، طالما لم ينفض المجلس وهو ما يعرف بخيار المجلس[2].

---

[1]) د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة، مرجع سابق، ص 128و 129.

[2]) د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 284.

إذا يقوم مجلس العقد على ركنين أساسيين هما الركن المادي وهو المكان والركن المعنوي وهو الزمان ، أي الفترة الزمانية بين الإيجاب والقبول ، فقد يجمع المتعاقدين مكان واحد فيكونان على اتصال مباشر، فيعرف هذا المجلس بالمجلس الحقيقي ، وقد يغيب أحد المتعاقدين عن مكان تواجد الآخر، فيسمى بمجلس حكمي أو افتراضي [1] .

ينبغي التذكير أن الفقه الفرنسي لم يتناول فكرة مجلس العقد بوجه خاص، لذلك ليس لها أي صدى في القانون المدني الفرنسي[2].

إن اختلاف تواجد المتعاقدين من حيث المكان يؤدي إلى وجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، لذا بقي عنصر الزمان هو المعيار الأساسي للتفرقة بين مجلس العقد الحقيقي ومجلس العقد الحكمي[3] .

بالرجوع إلى العقد الإلكتروني نجد أن مكان مجلس العقد هو مكان افتراضي ، لأنه يتم في فضاء إلكتروني(cyber space)، لذا سارعت قوانين المعاملات الإلكترونية إلى تحديد مكان إبرام العقد .

أما بالنسبة لزمان مجلس العقد الإلكتروني فهي الفترة الزمنية الممتدة بين تعبير كل طرف عن إراداته ووصول هذا التعبير إلى علم الآخر[4] ، وقد تقصر هذه المدة أو تطول، حسب الطريقة المستعملة في إبرام العقد .

---

[1]) د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 252 وكذلك : د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة، مرجع سابق ، ص 130.

[2]) د/ محمد سعيد رشدي، الأنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلوماتية، مرجع سابق ، ص 28.

[3]) د/جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 252.

[4])د/ أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حتى المشتري في فسخ العقد ، مرجع سابق ، ص 83.

ثانيا / تحديد الفترة الزمانية لمجلس العقد:

تحدد الفترة الزمانية لمجلس العقد حسب الطريقة المستعملة للتعاقد وهي تختلف من طريقة لأخرى .

1- تحديد الفترة الزمانية لمجلس العقد قبل ظهور الانترنت:

تحدد فترة مجلس العقد المبرم عبر الهاتف بزمن المكالمة الهاتفية، إذ يظل الإيجاب قائما طوال مدة المكالمة طالما بقي المتعاقدين منشغلين بالتعاقد ، وتنتهي بانتهاء المكالمة أو تغيير موضوع المكالمة ، إلا إذا اتفقا صراحة أو ضمنا على مهلة القبول(1).

إلا أنه ونظرا للتطور الهائل للهاتف وظهور أنواع مختلفة للهاتف النقال، أصبح من الضروري التفرقة بين مجلس العقد أثناء استعمال الهاتف التقليدي ومجلس العقد أثناء استعمال الهاتف النقال.

إن توفر الهاتف الثابت على خدمة "الأنسر ماشين" التي تتيح للموجب ترك رسالة صوتية للموجب إليه يؤدي إلى الجزم أن فترة مجلس العقد تمتد إلى غاية علم الموجب إليه لمضمون الرسالة، وهو نفس الشيء المطبق عند استعمال الهاتف النقال لإرسال الإيجاب بواسطة رسالة إلكترونية ، فبمجرد بدأ قراءة الرسالة تبدأ فترة مجلس العقد الحكمي.(2)

ينبغي الإشارة إلى أن التعاقد عبر الفاكس ، والتلكس ،والتليتكس يتميز كذلك بعدم اجتماع المتعاقدين في مجلس واحد ، الأمر الذي يتطلب مرور فترة زمنية لوصول تعبير كل طرف إلى الآخر وهنا تكون الفترة الزمنية لمجلس العقد تمتد من لحظة إطلاع القابل على العرض إلى غاية انتهاء المدة المحددة إن وجدت وإلا الرجوع إلى الأعراف(3).

---

1) د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة ، مرجع سابق ، ص 131.

2) د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، مرجع سابق ، ص 261.

3) د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق ، ص 286.

2- تحديد الفترة الزمانية لمجلس العقد المبرم عبر الانترنت:

ينبغي التمييز في التعاقد عبر الانترنت بين التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني والتعاقد عبرالموقع.

أ - **التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني:**

إن كان الاتصال شخصيا بين الطرفين فإن مجلس العقد يبدأ من لحظة صدور الإيجاب ويستمر إلى غاية خروج أحد الطرفين أو كلاهما من الموقع، أما إذا كان الاتصال غير مباشر كأن يطلع القابل على الرسالة الموجهة له بعد مدة معينة، فإن فترة مجلس العقد تبدأ من لحظة إطلاعه على الرسالة ، وتستمر إلى غاية انتهاء المدة المحددة له إن وجدت ، وإلا الرجوع إلى الأعراف، إلا أنه تطرح إشكالية عدم وجود الأعراف نظرا لحداثة هذه الوسائل.

ب - التعاقد عبر الموقع الإلكتروني(web) :

قد يتم التعبير عن القبول بالضغط على زر الموافقة الموجود في العقد مثلا ، تمتد فترة مجلس العقد من وقت دخول مستخدم الموقع إلى هذا الأخير إلى غاية خروجه منه، أما في حالة التعاقد عبر المحادثة والمشاهدة، فإن مجلس العقد يبدأ من حين صدور الإيجاب ويستمر إلى غاية الانتهاء من المحادثة.

لقد أدى اختلاف الفترة الزمنية لمجلس العقد من عقد لآخر ، لا سيما في العقود المبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة إلى اختلاف الفقهاء حول الطبيعة القانونية لهذا التعاقد، فهناك من يعتبره تعاقد بين حاضرين ، والبعض الأخر يعتبره تعاقد بين غائبين ، ثم ظهر رأي وسط بينهما .

الفرع الثاني :الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني

تعددت الاتجاهات الفقهية حول بيان الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني ، فهناك من يعتبره تعاقدا بين حاضرين تسري عليه أحكام مجلس العقد الحقيقي، وهناك من يراه تعاقدا بين غائبين يسري عليه أحكام مجلس العقد الحكمي ، ويتوسطهما رأي وسط .

هناك من الفقهاء من يعتد بمعيار الزمن فقط للتمييز بين التعاقد بين حاضرين أو بين غائبين، ففي الأول تزول الفترة الزمانية بين صدور القبول والعلم به، فيعلم الموجب بالقبول في وقت صدوره، أما في التعاقد بين غائبين ، فإن هناك فترة زمنية ملحوظة تفصل بين وقت صدور القبول وعلم الموجب به، إلا أن أغلبية الفقهاء ترى أن معيار الزمن ليس مانعا جامعا، بل ينبغي أن تجتمع ثلاث عناصر متمثلة في الزمان والمكان والانشغال بشؤون العقد[1] وعلى هذه الأسس ظهرت ثلاث آراء .

أولا: العقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين:

1/ مضمون الرأي:

ينطبق مفهوم مجلس العقد حسب هذا الرأي على كل متعاقدين انصرافا إلى موضوع التعاقد دون أن يشغلهما شاغل آخر ، وكان بينهما اتصال مباشر عبر الانترنت ، بحيث يستمع أو يرى أحدهما الآخر ، فلا يكون هناك فاصل زمني بين صدور التعبير ووصوله إلى علم الموجه إليه ، دون النظر إلى البعد المكاني للمتعاقدين، فمجلس العقد هنا حكميا وليس حقيقيا[2].

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين، لكون أطراف التعاقد على اتصال دائم عبر شبكة الانترنت، إما عن طريق الكتابة (برنامج فري تيل (Free Tell)، أو عن طريق الحوار (chat) ، وقد يكون بالصوت والصورة والكتابة

---

[1]) فراح مناني، العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 99.

[2]) د/ محمد السعيد رشدي، الأنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلوماتية ، مرجع سابق، ص 33.

(برنامج Multi media) ، ففي كل هذه الحالات يتحقق الحضور في مجلس العقد الالكتروني، وبذلك نكون أمام تعاقد بين حاضرين، وإن كان حضورا اعتباريا.

ويعبر هذا الرأي عن وجهة نظره بإتحاد الوحدة الزمانية لمجلس العقد، وبذلك فمجلس العقد بينهما هو زمن الاتصال عبر الانترنت ،يبدأ ببدء الإتصال وينفض بانتهائه.

وقد أخذ بهذا الرأي المشرع المصري في المادة 94 من القانون المدني المصري حين اعتبر أن التعاقد عن طريق شبكة الانترنت تعاقد بين حاضرين.

2/ النقد الموجه لهذا الرأي:

يفترض هذا الرأي أن لمجلس العقد ركن واحد هو الزمان ، وينظر إلى مجلس العقد على أنه وحدة زمانية فقط ، وقد سبق التأكيد على أن مجلس العقد يقوم على ركنين هما: المكان والزمان ، فالركن المكاني يعتبر ركنا ماديا للمجلس، والركن الزماني هو الركن المعنوي، ولكل واحد منهما شروط وأحكام ، فإن قصر المجلس على أحدهما دون الآخر ترتب عليه خلل في ضبط الكثير من الأمور[1].

ثانيا/ التعاقد الإلكتروني تعاقد بين غائبين:

1/ مضمون الرأي:

يرى أصحاب هذا الرأي أن العقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين زمانا ومكانا شأنه في ذلك شأن التعاقد بطرق المراسلة أو التعاقد بطريق التليفون ، ولا يختلف عنهما إلا من حيث الوسيلة المستعملة التي أصبحت إلكترونية[2]. وقد أخذ بهذا الرأي مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة بجدة في مارس 1990 ، والذي قرر:" إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة ، ولا يسمع كلامه

---

[1]) د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، مرجع سابق ، ص 282.

[2]) د/ إبراهيم رفعت الجمال، انعقاد البيع بوسائل الإتصال الحديثة ، مرجع سابق ، ص 112.

وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة(الرسول) ، وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحسوب ، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله"[1].

هناك من يعبرالتعاقد عبر الأنترنت تعاقد بين غائبين لعدم صدور إيجاب وقبول في نفس اللحظة، إضافة إلى اختلاف مكان المتعاقدين ، مما يجعل مجلس العقد في هذه الحالة حكميا تطبق عليه أحكامه.

و يرجع البعض الآخر اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقدا بين غائبين إلى استفادة المستهلك من حق الرجوع الذي منحه إياه المشرع في حالة التعاقد عن بعد.[2]

2/ النقد الموجه لهذا الرأي:

يتجاهل أصحاب هذا الرأي التعاقد الإلكتروني الذي يتم مباشرة بين المتعاقدين ولا يفصل بين الإيجاب والقبول إلا جزء من الثانية ، إذ يتلاشى عنصر الزمن ، وبذلك ينتفي ركن الزمن المشترط في مجلس العقد الحكمي ، مما يصعب معه اعتبار مثل هذا التعاقد تعاقدا بين غائبين ، لذا ظهر رأي ثالث وسط يتبنى مجلس العقد المختلط .

ثالثا/مجلس العقد المختلط:

1/ مضمون الرأي :

يرى أصحاب هذا الرأي أن التعاقد عبر الأنترنت تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وتعاقدا بين غائبين من حيث المكان، باعتبار أن الأمر يتم بوسائل سمعية بصرية، تسمح بالتفاعل بين طرفين، يضمهما مجلس واحد حكمي افتراضي ، شأنه شأن التعاقد عن طريق الهاتف .

---

1) د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 298.

2) د/خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 288.

فحسب هذا الرأي يعتبر العقد الإلكتروني تعاقدا بين حاضرين في الزمان لانعدام الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به ، ويعد تعاقدا بين غائبين لتواجد الطرفين في دول مختلفة[1].

2/ النقد الموجه لهذا الرأي:

لم يسلم هذا الرأي من النقد فهناك من رفض فكرة اعتبار التعاقد عن بعد تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان لعدم جواز تجزئة مجلس العقد، لأن هذا الأخير يتطلب وحدة المكان واستمرارية زمانية متصلة، إلا أن هذا الرأي يؤدي إلى تجزئة هاتين الوحدتين ، فضلا عن كونه يخلط بين مجلس العقد الحقيقي ومجلس العقد الحكمي، فلا وجود لمجلس مختلط ، مما يؤدي إلى صعوبة تطبيق أحكام المجلس الحقيقي على زمان المجلس وأحكام المجلس الحكمي على مكان المجلس.[2]

رغم أن وسائل الاتصال الحديثة أصبحت البديل للتعاقد بالمراسلة والهاتف إلا أن التشريعات العربية في مجملها تخلو من نصوص تبين حكم التعاقد عن طريق هذه الوسائل لا سيما الانترنت، واكتفت بتكييف التعاقد الذي يحدث عبر الهاتف.

لقد نص القانون المدني الأردني على :"يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة أخرى مماثلة بالنسبة للمكان كأنه تم بين متعاقدين لا يضمها مجلس واحد حين العقد وأما فيما يتعلق بالزمان فيعتبر كأنه ثم بين حاضرين في المجلس".

ومن هنا يمكن ترتيب نفس الحكم الذي رتبه المشرع للتعاقد بين غائبين بالهاتف على باقي الوسائل المستحدثة كالفاكس والكمبيوتر والانترنت كونها تتشابه مع طريقة التعاقد

---

[1]) د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 289

[2]) د/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 296 و297.

بالهاتف من حيث اختلاف المكان وتمام العقد ، في الوقت الذي يتسلم فيه الموجب الرد بالقبول.[1]

بعد عرض كل هذه الآراء المتناقضة حول الطبيعة القانونية للعقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة يمكن استنتاج الوصف الأكثر ملائمة لهذا النوع من التعاقد من خلال تحديد الوسيلة المستخدمة في التعاقد وبالتحديد وسيلة القبول.

لا شك أن هناك فرق جوهري بين القبول الصادر عن طريق البريد الإلكتروني والقبول الصادر عن طريق زر الموافقة أو غرف المحادثة أو الوسائل المرئية، ففي جميع هذه الحالات يكون الاتصال بين مقدم العرض والمتلقي له اتصالا لحظيا، إلا أنه استثناءا قد لا يتحقق الاتصال اللحظي في حالة استعمال البريد الإلكتروني لعدم وصول القبول لوجود عائق ما ، كغلق جهاز الكمبيوتر من طرف الموجب، أو حدوث عطب في الشبكة...الخ.

وعليه ينبغي التفرقة بين حالتين في حالة الاتصال عن طريق البريد:

- الحالة الأولى : إن كان الاتصال فوريا أي لا وجود لفاصل زمني نكون أمام تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان .

- الحالة الثانية :إن كان التعاقد غير لحظي ، فإننا نكون بصدد تعاقد بين غائبين زمانا ومكانا.

يتبين بأن التعاقد الإلكتروني يكون بين حاضرين زمانا وغائبين مكانا ، إلا في حالة التعاقد غير اللحظي ، حيث يكون بين غائبين زمانا ومكانا[2] ، وهذا ما يثير مشكلة زمان

---

[1]) د/ أمجد محمد منصور، النظرية العامة للإلتزامات ، مرجع سابق، ص 81.

2) د. الياس ناصيف ، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2009 .

ومكان تلاقي الإرادتين وتثير هذه المسألة أهمية كبيرة في تحديد القانون الواجب التطبيق، وقت نفاذ العقد، بيان تاريخ الإستحقاق والالتزام..الخ.

المطلب الثاني

ظرفي تلاقي الإرادتين في العقد الإلكتروني

حظيت مسألة تحديد زمان ومكان تلاقي الإرادتين بشكل عام باهتمام بالغ من الفقه والقضاء والتشريع نظرا لأهمية النتائج التي تترتب على هذه المسألة.[1]

ومادام أن أطراف العقد الإلكتروني يباعد بينهم المكان الشيء الذي ينتج عنه وجود فاصل زمني بين صدور الإيجاب وعلم من وجه إليه ، فإنه يصعب تحديد وقت ومكان إرسال واستقبال رسائل البيانات الإلكترونية لينتج تلاقي الإرادتين.

تعد مسألة تحديد زمان ومكان تلاقي الارادتين حسب الأستاذ "مازو" من أهم وأدق المسائل القانونية التي يثيرها التعاقد الإلكتروني ، نظرا لما يترتب على ذلك من نتائج قانونية هامة[2]. ويشير الأستاذ(موزال) إلى أن هذه المشكلة طرحت على بساط البحث منذ أمد طويل ، ولكنها لم تحسم لحد الآن وتعد من المشاكل التي استحال بشأنها وضع مبدأ مطلق .

إن تحديد زمان ومكان إبرام العقد يترتب عليه معرفة الوقت الذي يحق للموجب الرجوع عن إيجابه، تحديد وقت انتقال الملكية وعمل تبعة الهلاك، حساب بداية مواعيد التقادم، مثل التصرفات التي يبرمها التاجر الذي يشهر إفلاسه، كما يمكن معرفة القانون

---

[1]) د/ نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق ، ص 58.

[2]) د/ عباس العبودي ،التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري ، مرجع سابق، ص154.

الواجب التطبيق على هذا العقد و القانون الساري المفعول وقت التعاقد وأخيرا تحديد المحكمة المختصة بالفصل في النزاع[1]

للتنازع التشريعي والقضائي أهمية بالغة في التطبيق العملي لقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص [2] ، هذه الأهمية التي تترتب على تحديد زمان ومكان انعقاد العقد طبقا للقواعد العامة لا تفقد قيمتها لمجرد استخدام رسائل البيانات للتعبير عن الإرادة ، بل على العكس تبدو المسألة أكثر تعقيدا بالنظر إلى الاختلاف التشريعي والفقهي للدول، وباعتبار أن وسائل الاتصال الحديثة، منها رسائل البيانات عبر الانترنت وسائل جديدة للتعاقد بين غائبين[3].

يؤدي تباعد المكان بين طرفي العقد الإلكتروني إلى إثارة مشكلة الاختلاف حول تاريخ إبرام العقد ، كأن يتم توقيع العقد الإلكتروني في اليابان يوم 07 جانفي ويكون هذا اليوم يصادف في نفس الوقت يوم 6 جانفي في لوس أنجلوس ، فهل يعتبر العقد قد تم يوم 06 أو 07 جانفي ؟ (الفرع الأول)، ومادام أن الطرفين لا يتواجدان في مكان واحد، و الأنظمة الجديدة للاتصال لا تبين لا من بعيد أو لا من قريب المكان الجغرافي للأطراف ، فإن مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني تكتسي أهمية بالغة في المجال الإلكتروني ، وذلك لحل النزاعات القائمة حول تحديد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق[4] ، وكذا ضرورة حماية المستهلك و تحديد مدى شرعية المحل المتعاقد عليه[5](الفرع الثاني).

---

[1]) Alain BENSOUSSAN, Internet Aspects juridiques, Hermes, paris, 2 ème édition, 1998, p11.

[2]) بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت ، مرجع سابق، ص 118.

[3])د/عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق ، ص152.

[4]) علي فيلالي، الالتزامات ، المرجع السابق، ص 102و103.

[5]) د/عمر خالد زريقات، عقد البيع عبر الانترنت، مرجع سابق، ص167.

الفرع الأول: زمان تلاقي الإرادتين في العقد الإلكتروني

غني عن البيان أن لحظة القبول هي نفسها لحظة انعقاد العقد ، والقاعدة العامة أن العقد ينعقد في اللحظة التي تتقابل فيها الإرادتان، وما دام أن الطرفين في العقد الإلكتروني لا يكونا حاضران حضورا ماديا في مكان واحد ، فإن تطبيق هذا المبدأ قد يواجه بعض الصعوبات [1].

تكمن الصعوبات التي تواجه تطبيق مبدأ تطابق لحظة القبول مع لحظة إنعقاد العقد في تحديد زمان وصول القبول أو الإيجاب إلى الطرف الآخر، ذلك أنه إذا تم التعبير عن الإرادة عن طريق الضغط على الزر بالموافقة مثلا ، فإن هذه الإرادة تنتقل عن طريق ترددات كهربائية يتم تشفيرها إلى ومضات إلكترونية ، تصل إلى جهاز الكمبيوتر لدى المرسل إليه، ويصعب تحديد تاريخ وصول هذه الومضات إلى الطرف الآخر[2].

يثار التساؤل كذلك حول وقت إبرام العقد الإلكتروني، فهل يعتبر قد أبرم عند دخول الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول نظام الكمبيوتر الخاص بالموجب ؟ أم عندما يصل القبول إلى هذا النظام ويسجلها الكمبيوتر ؟ أم عندما يصل القبول لهذا النظام ويقوم الموجب بالإطلاع عليه ومعالجته ؟

باعتبار أن العقد الإلكتروني عقد ما بين غائبين، فهل يمكن تطبيق قواعد هذا النوع من التعاقد في مجال العقود الإلكترونية، بمعنى هل تصلح النظريات المعروفة في الفقه لتحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني ؟ (أولا)، وهل تصلح أحكام القواعد العامة لذلك ؟ (ثانيا) وما موقف الشريعات الخاصة بالمعاملات الالكترونية ؟ (ثالثا).

---

[1]) د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص 91 وكذلك :د/ نضال إبراهيم برهم ، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 58.

[2]) د/ عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري ، مرجع سابق، ص 155.

أولا : موقف الفقه: تبنى الفقه القانوني عدة نظريات تحدد بموجبها وقت انعقاد العقد بين غائبين، وتستند هذه النظريات إلى لحظة اقتران القبول بالإيجاب ، ولكنها اختلفت فيما إذا كانت هذه اللحظة هي لحظة إعلان القبول ، أم تصديره أم استلامه أم العلم به[1] ، فهل يمكن الركون إلى هذه النظريات في حكم تعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة؟

1/ نظرية إعلان القبول:

وفقا لهذه النظرية [2] فإن العقد ينعقد بمجرد إعلان القبول للموجب ، أي بمجرد صدور قبول مطابق للإيجاب[3] ، بغض النظر عن علم الموجب به من عدمه، فيكفي مجرد إعلانه من القابل لينعقد العقد في الزمان والمكان اللذين يعلن فيهما القابل قبوله بالإيجاب ، دون حاجة إلى علم الموجب بالقبول أو عدم علمه[4] .

تستند هذه النظرية إلى أن مقتضات الحياة التجارية تقتضي السرعة والشفافية في المعاملات[5] ، فالقابل الذي يعلن قبوله يطمئن إلى انعقاد العقد، ويجري معاملته مع الغير على هذا الأساس[6].

وبإنزال هذه النظرية على العقود الإلكترونية ، فإن لحظة انعقاد العقد هي اللحظة التي يوقع فيها القابل على الرسالة التي تتضمن القبول دون تصديرها أو قيامه بالنقر على

---

[1])د/ محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في العقود المبرمةعبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص 154 وكذلـــك : د/ أمجد محمد منصور، النظرية العامة للإلتزامات ، مرجع سابق، ص 79.

[2]) أخذ بنظرية إعلان القبول كل من : الفقه الإسلامي، والقانون المدني الأردني ، والقانون المدني السوري و قانون الموجبات والعقود اللبناني، راجع في ذلك : سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة، مرجع سابق ، ص 137.

[3]) محمد فواز محمد مطالقة، الوجير في عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق ، ص 70.

[4]) د/ ناصر حمودي ، النظام القانون لعقد البيع الدولي الإلكتروني ...، مرجع سابق، ص 210 ، وكذلك :د/ محمد السعيد رشدي، الأنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات ، مرجع سابق، ص 34.

[5]) محمد فواز محمد مطالقة، الوجير في عقود التجارة الإلكترونية ، مرجع سابق ، ص 70.

[6]) د/ خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق، ص 296.

الأيقونة المخصصة للقبول ودون تصدير هذا النقر ، أي ولو قام بالنقر على مفتاح التوقف(stop) الذي يمنع خروج القبول من سلطة القابل[1]

وإن كان هذا المذهب يتفق مع مقتضيات المعاملات التجارية من سرعة في التعامل[2] ، إلا أنه يؤخذ عليه أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا علم به من وجه إليه ، فالمشرع لا يعتد بالنوايا فلابد من وسيلة توصل الإرادة إلى علم الطرف الأخر، وإلا اعتبرت كأن لم تكن[3] ، فضلا عن أن إعلان القبول أمر في يد القابل وحده ، وذلك ما يجعل مسألة تقرير انعقاد العقد من دونه في يد القابل الذي ينكر صدور القبول منه ، أو يتراجع عنه دون أن يتمكن الموجب من إثباته ، مما يزعزع استقرار التعامل[4] .

كما عيب على هذه النظرية تجاهلها لإرادة الموجب الذي له الحق في العدول عن إيجابه ، إن لم يكن محدد المدة، ولم يرتبط به قبول ، حتى وإن كان المتعاقد الآخر قد أعلن قبوله[5] .

إن عدم ارتكاز البيئة الإلكترونية الافتراضية على أية مرتكزات مادية تجعل هذه النظرية لا تتماشى والتعاقد الالكتروني ، كونها لا تستقيم مع واقع التجارة الإلكترونية، حيث الموجب يوجه إيجابه إلى الجمهور ، ولا يمكن أن يطلب منه استنتاج عدد الأشخاص الذين قبلوا العرض، طالما لم يصله قبول إلا من عدد محدد ، إضافة إلى أن الموجب قد يجد نفسه في هذه الحالة أمام ملايين الدعاوى القضائية ممن أعلنوا قبولهم ولم يبلغون به ليطالبوه بتنفيذ العقد الذي هو نفسه لا يعلم بوجوده.

---

[1]) / خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص 297.

[2])د/عباس العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري ، مرجع سابق، ص 157.

[3]) محمد فواز محمد المطالقة، الوجير في عقود التجارة الإلكترونية ، مرجع سابق، ص 70.

[4]) د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال،التعاقد عبر وسائل الإتصال الحديثة، مرجع سابق ، ص 137.

[5]) د/ ناصر حمودي ،النظام القانوني لعقد البيع ..، مرجع سابق ، ص 210.

نظرا لكل هذه الإنتقادات أصبح الأخذ بهذه النظرية لا يستقيم مع واقع التجارة الإلكترونية[1]مما أدى إلى الأخذ بنظرية تصدير القبول.

2/ نظرية تصدير القبول:

يتفق أنصار هذا المذهب مع أنصار المذهب السابق من الاكتفاء بإعلان القبول لانعقاد العقد، إلا أنهم يحاولون تفادي النقد الموجه للمذهب السابق باشتراط أن يكون القبول نهائيا وباتا مع حصول واقعة مادية هي تصدير القبول[2] ، لتفادي التراجع فيه من طرف القابل بعد خروجه من يده[3] ، وذلك إما بوضع قبوله في صندوق البريد أو بإخبار الرسول به أو الموظف المختص بإرسالها[4].

انتقد هذا الرأي على أساس أن مجرد تصدير القبول لا يضمن أن يصبح نهائيا، إذ يمكن استرداد الرسالة طالما لم تصل إلى المرسل إليه أو ضياعها قبل وصولها إليه لا سيما أن بعض الدول[5] تسمح أنظمتها باسترداد الخطاب، ما دام لم يصل إلى المرسل إليه.[6] كما يعاب على هذا الرأي أن الموجب لا يعلم بانعقاد العقد ، فهو يجهل وقت تصدير القبول[7].

لقد أخذ بهذه النظرية القضاء الإنجليزي باعتبار أن التعليمات التي تحكم البريد في انجلترا لا تسمح للمرسل أن يستعيد رسالته في كل الأحوال ، فبمجرد وضعها في صندوق البريد تصبح محجوزة لصالح المرسل إليه، ويميل جانب من الفقه الفرنسي إلى

---

[1]) محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق ، ص 156.

[2]) د/ محمد حسن رفاعي العطار،البيع عبر شبكة الأنترنت ، مرجع سابق، ص 83.

[3]) د/ خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص 297.

[4]) د/ عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري ، مرجع سابق ، ص158.

[5]) جاء في المادة15 من قانون البريد رقم 97 لسنة 1973 العراقي بأنه للمرسل أن يطلب استرداد مادة بريدية ما لم تصل إلى المرسل إليه ، المرجع نفسه ، ص 185.

[6]) د/ نضال إسماعيل برهم ، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 59.

[7]) علي فيلالي، الإلتزامات ، مرجع سابق، ص 105.

الأخذ بهذه النظرية بالرغم من عدم وجود أي نص في القانون المدني الفرنسي ينص على ذلك ، مستندين قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية في 7 جانفي 1981.[1]

وفقا لهذه النظرية يعتبر العقد الإلكتروني مبرما عند خروج رسالة القبول من سيطرة القابل ودخولها الوسيط الإلكتروني بشكل لا يستطيع استرجاعها كالنقر على القبول أو بعث الرسالة عبر البريد الالكتروني ، دون اشتراط وصولها إلى موقع أو بريد الموجب الإلكتروني.[2]

وقد أخذت بهذه النظرية محكمة النقض الفرنسية حيث قضت بأنه:

" ما لم يوجد اتفاق معاير بين الأطراف فإن العقد ينعقد ليس بتسلم الموجب لقبول الطرف الآخر ولكن بإرسال القابل قبوله"[3]

وقد وجه لتطبيق هذه النظرية على العقود الإلكترونية نفس الانتقادات السابقة ، عدا التراجع عن القبول ، إذ قيل أنه لا يتصور وجود القبول دون تسلمه من جانب الطرف الأخر في تقنية الانترنت ، فهذا التصور يعني وجود فارق زمني بين تصدير القبول وتسلمه ، وهو ما يوضح تأثر أصحاب انتقاد هذا الرأي بالتصور التقليدي الذي يكون فيه فاصل زمني محسوس بين تصدير القبول وتسلمه ، والذي تظهر في حالة البريد العادي، أما فيما يخص الانترنت فإن الفارق الزمني بين التصدير والتسلم لا يكاد يكون محسوسا[4] ، والعرض المطروح في هذه الحالة أن عدم تسلم الرسالة الإلكترونية مباشرة لا يرجع إلى وجود فارق زمني بين التصدير والتسلم ، بل قد يرجع إلى سبب فني في جهاز الكمبيوتر أو الشبكة بسبب الفيروسات التي تؤدي إلى توقف العمل لساعات أو أيام مما يؤدي إلى تعطيل وصول ملايين الرسائل الإلكترونية إلى أصحابها.

---

[1]) Olivier D’AUZON, Le droit du commerce électronique, op.cit, p36.

[2])د/ ناصرحمودي، النظام القانوني لعقد البيع ...، مرجع سابق، ص 211.

[3]) د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة، مرجع سابق، ص 138.

[4]) المرجع نفسه، ص 138.

وفقا لهذه النظرية يمكن للقابل التمسك بانعقاد العقد في حين لا يمكن للموجب الاحتجاج بوجود خلل فني أو تقني لدى مقدم الخدمة، بل عليه الرجوع على مقدم الخدمة وفقا لقواعد المسؤولية ، مما يجعل هذه النظرية لا تتلاءم ونظام المعاملات الإلكترونية[1] مما جعل البعض يلجأ إلى نظرية استلام القبول.

3/ **نظرية وصول أو استلام القبول:**

حسب هذه النظرية يكون وقت انعقاد العقد هو وقت وصول الرسالة المتضمنة القبول إلى الموجب[2] ، بمعنى السيطرة الفعلية للموجب على الرسالة المتضمنة القبول ، بحيث تكون تحت تصرفه حتى ولو لم يطلع عليه ، فمجرد وصول القبول إلى مكان الموجب يصبح نهائيا، لا يستطيع القابل استرداده، ومن ثم ينعقد العقد بغض النظر عن علم الموجب له[3] كون الوصول قرينة على العلم[4] .

وقد عيب على هذه النظرية أنها لا تختلف عن سابقاتها في كون التسليم مجرد واقعة مادية لا قيمة قانونية لها في إثبات علم الموجب بالقبول ، ما دام أن هذا الأخير لا ينتج أثره إلا بعلم الموجب له[5].

أخذ بهذه النظرية القانون المدني المصري في التعاقد بين غائبين ، حيث نصت المادة 91 منه :"ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك"[6] .

---

[1]) محمود عبد الرحيم شريفات ، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص 157.

[2]) د/عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق ، ص159.

[3])) فراح مناني ، العقد الإكتروني ، مرجع سابق، ص 102.

[4]) د/ ناصر حمودي ، النظام القانوني لعقد البيع ...، مرجع سابق، ص 212.

[5]) د/ سمير حامد عبد العزيز، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري ، مرجع سابق ، ص 138.

[6]) د/ شحاتة غريب محمد شلقامي ، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية ، مرجع سابق ، ص 123.

وقد أخذت بهذه النظرية إتفاقية فيينا والمشرع الألماني [1] ، وأخذ بها كذلك التوجيه الأوروبي في مادته 2/205[2].

وتطبيقا لهذه النظرية على التعاقد الإلكتروني يتبين أن لحظة إبرام العقد ليست هي لحظة دخول رسالة القبول في سيطرة مقدم الخدمة ، إنما لحظة وصولها إلى البريد الإلكتروني للموجب ، بغض النظر عما إذا كان قد استعرض بريده الالكتروني وقرأ الرسالة أم لم يفعـــــل [3]، المهم أن الرسالة قد وصلت إليه ، ويمكن له الإطلاع على مضمونها في الحال ، فإن لم يفعل سيتحمل المسؤولية التقصيرية عن إهماله.

رغم أنه وجهت نفس الانتقادات السابقة لهذه النظرية ، إلا أن البعض [4] يرى أن هذه الانتقادات لا ترد على هذه النظرية في حالة استعمالها في الشبكة الإلكترونية ، لكون أغلب المواقع التجارية التي توجه عروضها إلى الجمهور تنتظر الرد عليها عبر الرسائل البريد الإلكترونية أو الضغط على خانات القبول في نماذج العقود المطروحة على مواقعها، وفي هذا المجال فإن هذه المواقع تستعمل وسائل إلكترونية مؤتمنة ومبرمجة للتعامل مع هذه الرسائل ومعالجتها بمجرد استلامها ويكون الدور البشري فيه لا يتعدى التوجيه والإشراف، وبالتالي فإن هذه المواقع تطلع على مضمون الرسائل بمجرد وصولها.

يمكن القول أنه في البيئة الإلكترونية يكون وصول رسالة القبول متزامنا مع العلم بها، وهذا الشيء معمول به في مجال الصفقة الأوتوماتيكية[5].

---

[1]) Olivier D'AUZON, le droit du commerce électronique, op.cit, p37.
[2]) Sophie BRUFFIN-BRICCA, Laurence- caroline HENRY, Droit des obligations, Gualino, Paris, 2006, p 34.

[3]) د/ عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق ، ص 159.

[4]) د/ محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص 159

[5]) د/ ناصر حمودي ، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني ، مرجع سابق، ص 212.

يرى الأستاذ محمود عبد الرحيم شريفات أن هذه النظرية هي الأكثر ملائمة لطبيعة التعامل عبر الانترنت ، وأنها توفر حلولا عملية وتقنية للعيوب التي وجهت للنظريات السابقة باعتبارها عادلة في تعاملها مع إرادة كلا الطرفين[1] , في حين يرى البعض الآخر أنه رغم تفادي هذه النظرية لعيوب النظريتين السابقتين، إلا أنها تبقى صالحة فقط في حالة التعامل مع النظم المبرمجة العاملة بالطرق الأوتوماتكية.

وهناك من انتقد هذه الآراء على اعتبار أنها تتجاهل إمكانية حدوث خلل أو عطل في الأجهزة الإلكترونية أثناء إرسال أو استقبال الرسالة ، فلا يكون إعطاء التقرير من طرف جهاز الكمبيوتر تأكيدا على وصول البيانات الواردة في الرسالة وتأكيدا على إمكانية قراءتها ، إذ ليس بالضرورة أن تصل كافة الرسائل إلى المرسل إليه بالكيفية التي تم إرسالها ، بحيث تتعرض لخلل أو اعتداء من فيروس يحول مضمونها إلى رموز لا يمكن فهمها أو قراءتها ، فلا يعرف الموجب هل هي قبول أم تعديل ، وهذا يعتبر إجحافا بحقوق الطرفين[2] .

إضافة إلى كل هذا فإن وصول الرسالة ليس دليلا على اطلاع الموجب عليها[3] وعلى هذا الأساس ظهرت النظرية الرابعة التي تشترط العلم بالقبول.

<u>4/نظرية العلم بالقبول:</u>

بناءا على الانتقادات الموجهة لنظرية تسلم القبول أخذ البعض بنظرية العلم بالقبول التي تشترط لانعقاد العقد علم الموجب بالقبول[4] ، بإعتبار أن القبول تعبير عن الإرادة ، وأن الإرادة لا تنتج أثرها إلا بعلم من وجهت إليه.

---

1) د/ محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق ، ص 120-121.

2) محمد فواز محمد المطالقة، الوجير في عقود التجارةالإلكترونية ، مرجع سابق، ص 71.

3) د/ ناصر حمودي ، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني ... ، مرجع سابق، ص 212.

4) آمال حابت، استغلال خدمات الانترنت، مرجع سابق، ص 84

يرى أنصار هذه النظرية أنها أفضل النظريات باعتبارها تحافظ على حقوق الموجب، ويتخذون من تسلم القبول قرينة على علم الموجب به، إلا أنها تعتبر قرينة بسيطة ، يمكن للموجب إثبات عكسها ، بإقامة الدليل على عدم علمه بالقبول بالرغم من وصوله إليه[1].

وقد أخذ بهذه النظرية المشرع الجزائري بموجب أحكام المادتين 61 و2/67 من القانون المدني الجزائري[2] ، وكذا المشرع المصري في المادة 98 من القانون المدني المصري[3] .

لقد انتقد البعض هذه النظرية على أساس أن علم الموجب بالقبول ليس شرطا لانعقاد العقد، بل هو شرط لزوم ونفاذ، أي مجرد علم الموجب بالقبول يلتزم بتنفيذ العقد ويطالب بحقوقه في مواجهة الطرف الآخر.[4]

إن تطبيق هذه النظرية في المجال الإلكتروني يؤدي إلى القول أن العقد الإلكتروني ينعقد في اللحظة التي يطلع فيها الموجب على الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول[5] ، ولا يكفي أن تصل الرسالة إلى صندوق البريد الإلكتروني للموجب ، كما لا يكفي الضغط على خانة القبول في نماذج العقود على مواقع الويب ، بل يجب أن يصل هذا القبول إلى علم الموجب .

---

1) د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة، ، مرجع سابق، ص 141.

2) تنص المادة 67 من القانون المدني الجزائري:" يعتبر التعاقد ما بين غائبين قد تم في الزمان وفي المكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أن نص قانوني يقضي بغير ذلك . ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول".

3) جعل المشرع الجزائري والمشرع المصري الأخذ بنظرية العلم كقاعدة مكملة وليس كقاعدة آمرة حتى يترك للأطراف فرصة الاتفاق على مخالفتها بما يتناسب وظروف كل طرف.

4)د/ شحاتة غريب الشلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 125.

5) د/ صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ،دار الجامعة الجديدة ، الأسكندرية، 2006 ، ص 416.

لقد عيب على هذه النظرية أنها تترك عملية التعاقد في يد الموجب لوحده ، إذ لا يوجد ما يلزمه بالإطلاع على رسالة القبول والعلم بها ، طالما أن وصولها لا يكفي لانعقاد العقد ، فإن رفض الموجب الإطلاع على الرسالة لا ينعقد العقد ، زيادة على عدم امتلاك القابل لأي إثبات على علم الموجب بمضمون رسالته[1]، زيادة على إمكانية إنكار الموجب، أو تفسير وقت استلامه للقبول بما يحقق مصلحته الشخصية[2] ، مما يثير صعوبة الأخذ بهذه النظرية في مجال التعاقد الإلكتروني.

رغم الانتقادات الموجهة لهذا المذهب، إلا أنه يبقى المذهب الأكثر تأييدا من الفقه والقضاء[3] لكونه الأكثر ملائمة مع طبيعة هذه المعاملات ، ويضفي عليه نوعا من الثقة والطمأنينة في التعامل، مادام أن هذا النوع من العقود لا يزال غامضا ومحل شكوك من بعض المستهلكين[4] .

إن اختلاف المواقف الفقهية حول اختيار إحدى النظريات التقليدية لتحديد لحظة تلاقي الإرادتين في العقود المبرمة عن بعد صعب مهمة تحديد لحظة إبرام العقود

---

[1]) محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق ، ص 123 وكذلك :د/خالــــــد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق ، ص 298 ،وكذلك : د/ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع ... ، مرجع سابق ، ص 213.

[2]) د/صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، مرجع سابق ، ص 416.

[3]) من الفقهاء الذين أيدوا هذا المذهب نجد كل من.Pacine , Carl et Andrews , Kristine et Hillisson، كما أخذت به معظم التشريعات منها: الإيطالي، الألماني، الإسباني، العراقي، الكويتي، الليبي، السوداني.

[4]) حيث جاء في المذكرة الإيضاحية لنص المادة98 من القانون المدني المصري :

"ولعل مذهب العلم هو أقرب المذاهب إلى رعاية مصلحة الموجب ذلك أن الموجب هو الذي يبتدئ التعاقد، فهو الذي يحدد مضمونه ويعين شروطه فمن الطبيعي- والحالة هذه – أن يتولى تحديد زمان التعاقد ومكانه ومن العدل إذا لم يفعل أن تكون الإرادة المفروضة مطابقة لمصلحته عند عدم الاتفاق على ما يخالف ذلك.

ويعد مذهب العلم المذهب الذي يستقيم دون غيره مع المبدأ القاضي بأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى من وجه إليه على نحو يتوفر معه إمكان العلم بمضمونه ،ومؤدى ذلك أن القبول بوصفه تعبيرا عن الإرادة لا يصبح نهائيا إلا في الوقت الذي يستطيع فيه الموجب أن يعلم به، ولا يعتبر التعاقد تاما إلا في هذا الوقت" ، راجع ذلك في : د/صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، مرجع سابق ، ص 417.

الإلكترونية ، الأمر الذي جعل القوانين الحديثة الخاصة بالتجارة الإلكترونية تحاول إيجاد حل قانوني يتناسب وهذا النوع الخاص من العقود.

ثانيا: زمان تلاقي الإرادتين إلكترونيا في التشريع :

وإن كانت بعض القوانين الحديثة قد تمسكت بإحدى النظريات السابقة لتحديد زمان تلاقي الإرادتين في البيئة الإلكترونية ، إلا أن معظم القوانين الخاصة بالتجارة الالكترونية حاولت إيجاد نظريات مستحدثة تتماشى مع هذا النوع من العقود ، لكنها اختلفت في تبني النظرية الأكثر ملائمة لمثل هذه العقود ، وكانت التشريعات الدولية سباقة إلى معالجة هذه المسألة ، ثم حذت حذوها التشريعات الوطنية .

1/ موقف التشريعات الدولية:

ليس من الصعب تبني إحدى النظريات التقليدية السابقة على مستوى التشريع الوطني لتحديد زمان تلاقي الإرادتين الكترونيا ، إلا أن المشكلة تثار في حالة ممارسة التجارة الإلكترونية على النطاق الدولي ، وهو ما سيؤدي حتما إلى احتمال التداخل بين العديد من القوانين[1]، لذا لجأت التشريعات الدولية إلى تنظيم عقود البيع الدولية المبرمة إلكترونيا منها الإتفاقيات االدولية، والقانون النموذجي .

أ/ موقف الاتفاقيات الأوروبية:

اختلفت كذلك الاتفاقات الأوروبية في تبني إحدى النظريات التقليدية على حالها ، أو إدخال تعديلات عليها وفقا لما يقتضيه هذا النوع من التعاقد من تحقيق الأمان القانوني عبر الشبكة، وقد تبنى الاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات نظرية الوصول[2]، إذ نص :" يعتبر العقد الذي تم باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات مبرما في

---

[1]) Guillaume BEAURE D'AUGERES, Pierre BRESSE et Stéphanie THUILIER, Paiement numérique sur internet, Thomson publishing, Paris, 1997, p109.

[2]) لقد أوضحت اتفاقية إيديك لسنة 1990 التي أعدها مجلس التبادل الإلكتروني للبيانات في كندا أن المقصود بالاستلام الصحيح هو دخول الرسالة الإلكترونية في جهاز كمبيوتر المرسل إليه.

الوقت والمكان الذين تصل فيهما الرسائل التي تشكل قبولا لعرض بواسطة التبادل الإلكتروني للبيانات إلى نظام كمبيوتر مقدم العرض"[1].

وقد سايره في هذا الموقف العقد النموذجي الأوروبي للتبادل الالكتروني للبيانات TEDIS وهذا ما يستخلص من نص المادة 3/3 :" تعد لحظة ومكان انعقاد العقد المبرم من خلال التبادل الإلكتروني للبيانات هي اللحظة والمكان الذين تستقبل فيهما الرسالة الإلكترونية الخاصة بقبول الإيجاب في النظام المعلوماتي للموجب".[2]

وقد أخذت كذلك اتفاقية التبادل النموذجي للجنة الاقتصادية لأوروبا بنظرية الاستلام في نص المادة 3/4 منها:"يعتبر العقد المنشيء باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات متى استلمت الرسالة المرسلة كقبول لعرض وفقا للمادة 1/3 من الاتفاق".

بينما أخذ التوجيه الأوروبي بشأن التجارة الإلكترونية رقم 2000/31 الصادر بتاريخ 2000/07/17 بنظرية استلام القبول مع تعديلها بما تتوافق مع خصوصيات هذه العقود ، إذ لم يكتف بتحديد لحظة استلام القبول ليعد العقد مبرما ، بل اشترط استلام تأكيد من مزود الخدمة بصحة القبول[3] ، إذ نص: "يعد العقد قد انعقد في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا إلكترونيا مؤكدا من القابل قبوله، وقد حدد وقت استلام القبول في اللحظة التي يمكن للموجب خلالها من الدخول للبريد الإلكتروني"[4]

---

[1]) د/ ناصر محمودي ، النظام القانوني لعقد البيع ...، مرجع سابق، ص 216.

[2]) Sophie DRUFFIN-BRICCA, Laurence Caroline HENRY, Anna Droit LMD 2008, op.cit , P47.

[3]) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التعاقد بالبيع بواسطة الانترنت (دراسة مقارنة)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2002، ص 60.

[4]) سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة ، مرجع سابق، ص 142.

ب/ موقف اتفاقية فيينا:

لقد نظمت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع المبرمة في فيينا سنة 1980 [1]عقود البيع الدولي ، بغض النظر عن الوسيلة المستعملة للتعاقد سواءا كانت تقليدية أم إلكترونية، وبالتالي يمكن تطبيق أحكامها على العقود الإلكترونية.

وبشأن تحديد لحظة تلاقي الإرادتين في العقود الإلكترونية ، فإن هذه الاتفاقية نصت في مادتها 2/18 : " يحدث قبول الإيجاب أثره من اللحظة التي يصل فيها إلى الموجب إعلان يفيد الموافقة على إيجابه "[2] ، شريطة أن يكون وصول الإعلان إلى الموجب خلال المدة التي اشترطها أو خلال مدة معقولة في حالة عدم وجود مثل هذا الشرط[3] ، ومعنى أن يحقق الإيجاب أثره هو انعقاد العقد[4].

وقد أكدت اتفاقية فيينا تبنيها نظرية تسليم القبول[5] من خلال نصها في المادة 24 منها:" في حكم هذا الجزء من الاتفاقية يعتبر الإيجاب أو الإعلان عن القبول أو أي تعبير آخر قد "وصل" إلى المخاطب عند إبلاغه شفويا أو تسليمه إليه شخصيا بأي وسيلة أخرى أو تسليمه في مكان عمله، أو في عنوانه البريدي أو لدى تسليمه في مكان سكنه المعتاد إذا لم يكن له مكان عمل أو عنوان بريدي" .

---

[1]) لقد وقعت على هذه الاتفاقية 45 دولة منها": فرنسا ، ألمانيا، الولايات المتحدة الامريكية، ولم تنظم بريطانيا.

[2]) L'article 18 énonce « l'acceptation d'une offre prend effet au moment ou l'indication d'acquiescement parvient à l'auteur de l'offre »voir : Sophie DRUFFIN-BRICCA, Laurence Caroline HENRY, Anna Droit LMD 2008, op.cit, p48.

[3]) د/محمد شكري سرور، موجز أحكام عقد البيع الدولي وفقا لإتفاقية فيينا 1980 ، دار النهضةالعربية ،القاهرة، 1998 ، ص 130.

[4]) أحمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية، جامعة عين الشمس، القاهرة، (د تا) ، ص 169

[5]) Corinne Renault BRAHINSKY, l'essentiel du droit des obligations, GUALINO, Paris, 5eme edition, 2009, p 39.

يتضح من هذه المادة تبني اتفاقية فيينا لنظرية تسليم القبول التي تعتد بوصول القبول بغض النظر عن علم الموجب بمضمون الرسالة من عدمه[1] ، فوفقا لهذه الاتفاقية فإنه إذا أبرم عقد الإلكتروني بين دولتين منضمتين أو شخصين ينتميان إلى هاتين الدولتين عن طريق تبادل رسائل إلكترونية ، فإن العقد يعتبر منعقدا في اللحظة التي تصل فيها الرسالة التي تتضمن القبول إلى صندوق بريد الموجب ، بحيث تكون هذه الرسالة جاهزة لقراءتها أو معالجتها دون حاجة إلى فتحها ومعرفة مضمونها[2].

لقد تبنت هذا الموقف مبادئ عقود التجارة الدولية الصادرة عن المعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص UNDROIT بروما سنة 1996 في مادته 2/6.[3]

ج/ موقف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية "اليونسترال" :

نصت المادة 1/15 من قانون اليونسترال لسنة 1996 بشأن زمان إرسال واستلام رسائل البيانات على:

1- ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك، يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا تخضع لسيطرة المنشئ أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ

2- ما لم يتفق المنشيء والمرسل إليه على غير ذلك ، يتحدد وقت استلام البيانات على النحو التالي:

أ- إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات، يقع الاستلام:

---

[1]) سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة ، مرجع سابق، ص 138و139 وكذلك : د/ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع ... ، مرجع سابق، ص 217.

[2]) محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الانترنت، مرجع سابق، ص 125.

[3]) د/ محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنت، مرجع سابق، ص 67، وكذلك: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 300.

- وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين.
- وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات، إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه ولكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه.

ب- إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابع للمرسل إليه"[1]

تدل هذه المادة على تكريس القانون النموذجي لمبدأ سلطان الإرادة، إذ ترك للأطراف حرية الاتفاق على تحديد لحظة إرسال واستلام البيانات، فيكون اتفاقهما ملزما[2] ، وإلا تأتي أحكام هذه المادة لتحل النزاع حول مسألة تحديد لحظة إبرام العقد.

ويلاحظ كذلك أن المشرع في القانون النموذجي يركز على فكرة دخول رسالة البيانات إلى نظام المعلومات التابع للمرسل إليه ، بمعنى أن تكون رسالة البيانات متوفرة وقابلة للمعالجة والعرض داخل نظام معلومات المرسل إليه، أما مجرد وصولها إلى هذا النظام مع عدم إمكانية معالجتها ، كحالة وجود خلل وظفي في النظام يجعل منها كأن لم تصل. كما أن المقصود باستلام الرسالة هو دخولها إلى النظام الخاص بالمرسل إليه ، وليس مجرد وصولها، إذ يمكن أن تصل ، ولا تدخل لكون النظام مغلق وقت وصولها، وبذلك لا تكون الرسالة قابلة للمعالجة.

يستنتج من عرض أحكام المادة 15 من القانون النموذجي أن هذا القانون لم يحدد زمان إبرام العقد ، بل اكتفى بتحديد وقت إرسال وتسلم رسائل المعلومات، وقد برر الدليل الإرشادي[3] لسن هذا القانون هذا الموقف بكون القانون النموذجي تجنب عن قصد تحديد زمان انعقاد العقد احتراما لسيادة القوانين الوطنية ، وتجنبا للتعارض بينها وبين القانون

---

[1]) د/ شحاتة غريب محمد شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 129و130.

[2]) د/ ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع ... ، مرجع سابق، ص 218.

[3])راجع البند رقم 104 من الدليل الإرشادي لسن القانوني النموذجي على الموقع .Www .Uncitral .org

النموذجي في حالة تبنيه لنظرية معينة ، إذ يترك بذلك المجال للقوانين الوطنية كل حسب النظرية التي يتبناها في تحديد زمان انعقاد العقد[1].

تظهر أهمية هذه المادة بالنسبة لتحديد وقت الانعقاد في العقود الإلكترونية في الدول التي تتضمن نظرية التصدير(الإرسال) أونظرية التسليم (الوصول)، فإن تبنت أية دولة أحكام القانون النموذجي، وكانت القواعد العامة فيها تأخذ بنظرية تصدير القبول ، فإن زمان انعقاد العقد الإلكتروني يكون لحظة تصدير القبول ، وهي وفقا لهذا القانون لحظة دخول رسالة القبول إلى نظام خارج عن سيطرة المنشئ (القابل)، أو من ينوب عنه، ويتحقق ذلك بضغط المرسل على زر الإرسال لتخرج الرسالة من سيطرة المنشئ ويدخلها إلى نظام معلومات خارج عن سيطرته.

أما إذا تبنت الدولة التي إنظمت إلى القانون النموذجي في قواعدها العامة نظرية تسليم القبول ، فإن زمان انعقاد العقد الإلكتروني يكون لحظة تسلم القبول ، وهو هنا دخول رسالة البيانات التي تتضمن القبول إلى نظام المعلومات الذي حدده المرسل إليه أو لحظة استخراجها من أي نظام معلومات آخر تابع للمرسل إليه.

تبقى الدول التي تبنت نظريتي إعلان القبول أو العلم به غير معنية بأحكام القانون النموذجي، إلا في حالة وحيدة، وهي اتفاق المتعاقدين على اعتبار وقت إبرام العقد هو لحظة تصدير القبول أو تسلمه[2].

2-موقف التشريعات الوطنية:

عالجت بعض القوانين الوطنية مسألة تحديد لحظة إنعقاد العقود الإلكترونية بنوع من الخصوصية عن القوانين التقليدية ، وقد تباينت مواقف مشرعي الدول اتجاه هذه المسألة.

---

[1]) محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الانترنت، مرجع سابق، ص171.

[2])) محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الانترنت، مرجع سابق، ص172.

أ-موقف المشرع الفرنسي:

قبل سنة 2004 ترك المشرع الفرنسي مسألة تحديد زمان انعقاد العقد للقضاء، لذا تردد هذا الأخير بين الأخذ بنظرية تصدير القبول أو الأخذ بنظرية العلم بالقبول وقد اعتبرتها محكمة النقض الفرنسية مسألة واقع تخضع للسلطة التقديرية للقاضي ، ولا رقابة عليه، إلى أن صدر حكم من هذه المحكمة في 17/جانفي/ 1981 ، تبنى نظرية تصدير القبول ، وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن العقد المبرم بالمراسلة ينعقد ليس باستلام الموجب لقبول الطرف الآخر ، إنما بإرسال القابل لقبوله ، عدا حالة الاتفاق على خلاف ذلك ، وقد اعتبر الفقه الفرنسي هذا الحكم من المبادئ الهامة. [1]

في سنة 2004 صدر القانون الفرنسي الخاص بالمعاملات الرقمية، والذي استرشد بنص المادة 5 من التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 الصادر في 8 جويلية2000 بشأن التجارة الإلكترونية[2]، وقد تضمن هذا القانون الجديد مادة تحت رقم 2/1369 [3] تنص على أنه يعد العقد قد أبرم في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا إلكترونيا مؤكدا من القابل قبوله ، فهذه المادة تشترط لانعقاد العقد الإلكتروني تأكيد القبول من قبل الموجه إليه الإيجاب ، مما يدل على تبني المشرع لنظرية جديـــــدة وهي" نظرية تصدير تأكيد القبول"[4].

تختلف النظرية الجديدة التي أخذ بها المشرع الفرنسي عن النظريات التقليدية باستخدامها لحظة جديدة لانعقاد العقد الإلكتروني وهي لحظة "تصدير تأكيد القبول" « Confirmation de l'acceptation من قبل الموجه إليه الإيجاب[5].

---

1) David NOGUERO, l'acceptation dans le contrat électronique, op.cit, p69.

2) Sophie DRUFFIN-BRICCA ،Laurence Caroline HENRY, Anna Droit LMD 2008, op.cit, p45.

4) L'article 1369/2 énonce « L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique, de la commande qui lui a été ainsi adressée. La commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties aux quelles ils sont adressés peuvent y avoir accès" . Voir **: http://www. legi France. Gouv.Fr/**

4) د/ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع ...، مرجع سابق، ص 215

5) Thibault VERBIEST, La protection juridique du cyber consommateur, op.cit, p78.

لقد تبنى هذا الاتجاه المشرع الأمريكي الذي فرض إلتزاما على البائع بأن يقوم بإرسال تأكيد للمشتري بتمام إبرام العقد خلال مدة 10 أيام على الأكثر من تاريخ إرسال القابل لقبوله، وهو ما نصت عليه المادة 201 فقرة 1 و2 من القانون التجاري الأمريكي[1].

ب/ موقف التشريعات العربية:

تبنى المشرع المصري نظرية العلم بالقبول سواء كان العقد ما بين حاضرين أو بين غائبين [2] ، بنصه في المادة 91 من القانون المدني المصري:" ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك."

وقد أضاف المشرع في نص المادة 97 من نفس القانون :"يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك" ، فيفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول".[3]

لقد أخذ المشرع التونسي بنفس النظرية بنصه في المادة 28 من القانون رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية:" ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"[4].

لم يساير التشريع الأردني والاماراتي والبحريني التشريعين السابقين أي المصري والتونسي ، إذا استحدث المشرع الأردني القانون رقم 85 لسنة 2001 بشأن المعاملات

---

[1]) د/أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، مرجع سابق، ص 86.

[2]) محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، مرجع سابق، ص 104.

[3]) د/نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 60.

[4]) سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة ، مرجع سابق، ص 142.

الإلكترونية ، بحيث تتوافق أحكام المادة 18 منه مع أحكام المادة 15 من قانون اليونسترال.

نفس الشيء قام به المشرع الإماراتي في القانون رقم 2 سنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية في مادته 18[1]، وقد حذى حذوهما المشرع البحريني في القانون الخاص بالتجارة الإلكترونية الصادر في 2002/09/14 في مادته 15.[2]

بالرجوع إلى مضمون أحكام المادة 18 سواء من القانون الأردني أو القانون الإماراتي، وكذا المادة 15 من القانون البحريني ، يتبين أن هذه التشريعات تبنت موقف قانون اليونسترال ، إذ لم تتطرق لزمان إبرام العقد الإلكتروني، إنما نصت على زمان إرسال وتسلم رسائل المعلومات[3].

لقد تبنى قانون اليونسترال هذا الموقف لمبرر واضح يتمثل في عدم تبنيه لأية نظرية ، حتى لا يفرضها على أية دولة، وقد أراد توحيد التشريعات الوطنية في تحديدها لزمان إرسال واستلام رسائل البيانات ، ولها فيما عدا ذلك أن توظف هذه النصوص في النظريات التي تتبناها، أما هذه القوانين فقد أخذت بنص القانون النموذجي بنفس المرونة، ودون أن توظفه في النظرية التي تتبناها ، لذا ينبغي الرجوع إلى القواعد العامة في هذه التشريعات لمعرفة النظرية التي تتبناها .

تبنى القانون المدني الأردني مثلا نظرية إصدار القبول في العقود المبرمة ما بين غائبين ، سواءا بوسائل تقليدية أو إلكترونية ، إلا أن هذه النظرية لا تتوافق مع ما ورد في نص المادة 15 من قانون اليونسترال ، فلا علاقة لزمان إعلان القبول الذي أخذ به القانون المدني الأردني بزمان إرسال أو استلام القبول الذي أخذ به قانون اليونسترال، كما

---

1)محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص 178.

2) سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة ، مرجع سابق، ص 140و141.

3) د/ شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية ، مرجع سابق ، ص 132.

أن هذه النظرية لا تستقيم مع واقع التعامل عبر شبكة الانترنت ، والذي يسمح لكل متصفح للعروض المتوفرة على هذه الشبكة بإجراء قبوله شفهيا أو كتابيا دون إرسالها إلى الموجب أو إعلامه به ، وهذا ما يؤدي إلى إمكانية مطالبة كل من أعلن قبوله بتنفيذ الالتزامات الملقاة على المواقع التي قدمت العرض ، وهذا يبين خطورة الإبقاء على هذه النظرية في ظل ازدياد التعامل الإلكتروني[1] .

وأخيرا بالنسبة للمشرع الجزائري، فإنه لم يأت بأي تعديل لمواكبة التطور العلمي المذهل الذي وقع، واكتفى بتبني نظرية العلم بالقبول الواردة في القواعد العامة والمنصوص عليها في المادتين 61 ، 2/67 من القانون المدني.

يمكن القول أن هذه النظرية صالحة وتتناسب وخصوصيات العقود الإلكترونية ، ما دام أن قوانين حماية المستهلك تضمن العديد من المزايا لصالح المستهلك، منها الحق في إرجاع المنتج بعد مدة معينة، رغم إمكانية الإضرار بالموجب، مما يستدعي النظر بعين الرحمة للموجب ، لتحقيق التوازن بين الطرفين ، لذا فإن نظرية العلم بالقبول هي السبيل الأمثل لتحقيق ذلك، خاصة إذا كان وصول القبول قرينة على العلم به ، مع إقرار إمكانية إثبات العكس.

إذا تعتبر نظرية العلم بالقبول الأنسب لتحقيق التوازن بين مصلحة الموجب من جهة ومصلحة القابل من جهة أخرى في مسألة تحديد زمان انعقاد العقود الإلكترونية ، ويبقى السؤال مطروحا حول مدى ملائمة القواعد العامة لتحديد مكان إبرام هذه العقود؟

<u>الفرع الثاني: مكان تلاقي الإرادتين إلكترونيا</u>

يعتبر الأنترنت فضاء للالتقاء وتبادل الإرادات وعقد الإتفاقات ، إلا أن تواجد الأفراد هو تواجد افتراضي ، يؤثر على بعض المفاهيم التقليدية ، ويخلق بعض المشاكل ، مما

---

[1]) محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، مرجع سابق، ص 183.

يحتم على المتعاملين في هذا المجال البقاء مرتبطين بالعالم الأرضي باحثين عن روابط الصلة بين العالمين في ظل تعود الأطراف على العناوين الأرضية، والتي حلت محلها عناوين من نوع خاص تسمى ب(IP)[1] ، لذلك تكتسي مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني أهمية بالغة، سيما في مجال تحديد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق[2] ، وكذا ضرورة حماية المستهلك ومدى شرعية المحل المتعاقد عليه[3] .

عادة ما يكون طرفي العقود الإلكترونية في أماكن مختلفة ، لذا تثار عدة تساؤلات أهمها : هل يعتد بمحل إقامة المستهلك أم بالمكان الذي استلم فيه الموجب القبول، أم بمكان تسجيل موقع الويب ؟ فهل أن القواعد العامة كافية لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني ؟ (أولا) ، أم أن الأمر يستلزم تدخل المشرع لاستحداث قواعد جديدة تتماشى وخصوصيات هذا العقد (ثانيا)؟

أولا: عدم ملائمة القواعد العامة لتحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني:

لا شك في أن توطين العقد مكانيا أو حصره في إطار مكاني معين ، بالرغم من تباعد أطرافه أو عدم تواجدهم في مكان واحد هو أمر لا يخلو من الحيلة القانونية، والواقع أنه في إطار تحديد مكان انعقاد العقد ، تسود نظرية التلازم أو الارتباط بين مكان وزمان انعقاد العقد[4] ، فما مضمون هذه النظرية ؟ وهل تصلح في البيئة الإلكترونية ؟

1-نظرية التلازم بين المكان والزمان :

غالبا ما تأخذ القوانين الوطنية بنظرية التلازم بين زمان ومكان انعقاد العقد، ويعني بالتلازم أن اللحظة التي يعتبر فيها العقد قد انعقد هي ذاتها التي تحدد مكان هـــــذا

---

[1])د/ناصر حمودي،النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني ...، مرجع سابق، ص 221.

[2]) علي فيلالي، الالتزامات ، المرجع السابق، ص 102و103.

[3]) د/عمر خالد زريقات، عقد البيع عبر الانترنت، مرجع سابق، ص167.

[4]) محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للتجارة ... ، مرجع سابق ، ص 16.

الانعقاد [1]، فإن كان قانون تلك الدولة قد أخذ بنظرية تصدير القبول ، فإن مكان انعقاد العقد هو أيضا المكان الذي يتم فيه التصدير ، وإن أخذ بنظرية العلم بالقبول ، فإن اللحظة التي يتحدد فيها زمان انعقاد العقد هي التي تحدد مكان الانعقاد، والمكان في هذه الحالة هو الذي تم فيه العلم بالقبول.[2]

وقد نص المشرع المصري على مبدأ التلازم في المادة 975 من القانون المدني، وحذى حذوه المشرع الإماراتي في المادة 142 قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، وكذا المشرع البحريني في المادة 45 قانون مدني، وكذلك المشرع الجزائري في المادة 67 قانون مدني، وما دام أن المشرع الجزائري أخذ بنظرية العلم بالقبول ، فإن مكان انعقاد العقد يتحدد بلحظة العلم بالقبول، إلا أن نظرية التلازم لم تسلم من إنتقادات أدت إلى عدم صلاحيتها في المجال الإلكتروني.

2/ النقد الموجه لهذه النظرية:

في الواقع يصعب الأخذ بهذه النظرية خاصة في بيئه إلكترونية تتميز بخصوصيات معينة، أهمها أن الطرف المتعاقد يمكن أن يدخل إلى الموقع الإلكتروني في أي مكان يتواجد فيه عبر العالم، لذا فإن التمسك بنظرية التلازم يؤدي إلى التداخل بين القوانين الوطنية [3] ، ويؤدي إلى خضوع الأطراف لقانون دولة أخرى غير الدولة التي ينتمون إليها ، رغم أن العقد قد تم إبرامه داخل حدود هذه الدولة[4] ، وإن أبسط مثال على ذلك هو إبرام طرفين جزائريين مقيمين بالجزائر لعقد معين عن طريق الانترنت ، أي أن العقد قد تم داخل الحدود الجزائرية، فإن صادف أن الموجب دخل الموقع الالكتروني الخاص به أو بريده الالكتروني وعلم بالقبول في دولة أخرى غير الجزائر كفرنسا مثلا ، فإنه

---

1) د/ شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 141

2) د/ محمد خالد زريقات، عقد البيع عبر الانترنت، مرجع سابق، ص 168

3) د/ صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، مرجع سابق، ص 418.

4) د/ شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 141.

وحسب نظرية التلازم يكون مكان إبرام العقد هو دولة فرنسا ، وبالتالي يطبق القانون الفرنسي على طرفي العقد، وهذا غير منطقي .

يرى ناقدي هذه النظرية أنه وإن كان منطقيا تطبيق قانون أجنبي على طرفي العقد في العقود الدولية ، إلا أنه يبقى غير منطقي تطبيقه في حالة إبرام عقود داخل حدود نفس الدولة، وإن كان من السهل تسجيل لحظة تسليم رسالة القبول في البيئة الإلكترونية، إلا أنه من الصعب تحديد المكان الجغرافي لهذا التسليم[1] ، وهذا ما يصعب من إمكانية تطبيق هذه النظرية على مثل هذه العقود.

نظرا للإنتقادات الموجهة لنظرية التلازم فإن البعض يختصر الأمر في القول بأن مكان إبرام العقد الإلكتروني هو شبكة الأنترنت باعتبارها عالما افتراضا قائما بذاته[2]، إلا أن هذا القول يتجاهل كون هؤلاء الأفراد مرتبطين بعالم الأرض ولا يمكن فصلهم عنه ، إذ يكونون ملزمون بالرجوع إلى العناوين الأرضية لتحديد مكان إبرام العقد، لما يترتب على تحديد المكان من آثار قانونية مهمة في بيان معيار الارتباط الموضوعي للعقد وتحديد القانون الواجب تطبيق عليه.

من هنا تأكدت عدم ملائمة قاعدة التلازم الزماني والمكاني لتحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني، لذا كان لزاما على المشرع التدخل لإيجاد حل يتلاءم ويتوافق مع خصوصيات هذا العقد.

ثانيا: موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية:

نظرا لثبوت عدم ملائمة نظرية التلازم في المجال الإلكتروني ، رأى المشرع في بعض الدول إما التمسك أو الإبقاء على مبدأ حرية الأطراف في تحديد مكان إبرام العقد كأصل، أو تبني النظرية الحديثة المعروفة بنظرية الازدواجية أو الثنائية.

---

[1]) د/محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإكترونية ، مرجع سابق، ص 74.

[2]) د/ ناصر حمودي، النظام القانون لعقد البيع الدولي ...، مرجع سابق، ص 221.

1/مبدأ حرية الأطراف كأصل :

لقد لعب مبدأ حرية الأطراف في تحديد مكان انعقاد العقد دورا هاما في سد الفراغ التشريعي الكبير السائد في الدول التي لا تزال متمسكة بالقواعد التقليدية ، والتي لم تعد صالحة حتى في الدول التي أعادت النظر في هذه المسألة ، وأفردت لهذه الأخيرة نصوصا قانونية خاصة ، إلا أنها وفي كل الأحوال تعطي للأطراف أولا الحرية للاتفاق على تحديد لحظة ومكان انعقاد العقد ، وإلا طبقت القواعد الخاصة (نظرية الإزدواجية) .

تقر بعض التشريعات الدولية يتقدمها التشريع الفرنسي بأنه لا يوجد هناك حتمية خاصة أو ارتباط بين زمان انعقاد العقد ومكان هذا الانعقاد ، أي أنه لا أثر لزمان إبرام العقد على تحديد مكان الانعقاد، وبالتالي يمكن الفصل بين تركيز العقد من الناحية الزمانية عن تركيزه من الناحية المكانية ، و ذلك بالتحديد الإرادي لمكان إبرام العقد على صعيد العقود الدولية ، مما يدل على أن المشرع الفرنسي قد تبنى مبدأ سلطان الإرادة في تحديد مكان إبرام العقد قبل أن يترك ذلك للقواعد العامة[1].

لقد تركت التوجيهات الأوروبية مسألة الاتفاق على تحديد مكان انعقاد العقد لحرية الدول في قوانينها الداخلية ، والتي عادة ما تترك الحرية للأطراف لتحديده ، وإلا الإحالة إلى النظرية العامة المتبناة في تلك الدولة، إلا أنه ونظرا لعدم ملاءمة النظريات التقليدية في هذا المجال ، ظهرت نظرية حديثة تنادي بفصل زمن انعقاد العقد عن مكانه[2].

2- نظرية الازدواجية :

أدرك واضعو القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية "اليونسترال" ضرورة التدخل لحسم مسألة تحديد مكان إبرام العقد في المجال الإلكتروني ، وتبنو نظرية الازدواجية بنصهم في مادته 15 فقرة 4 :" مكان إرسال الرسالة الإلكترونية يتحدد بالمكان الذي يقع

---

[1])آمل حابت، استغلال خدمات الانترنت، مرجع سابق، ص 84.

[2]) محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم ، مرجع سابق، ص 17.

فيه عمل المنشئ ، وأن مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ، ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك"[1].

حسب هذه المادة يبرم العقد الإلكتروني في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ، إذا أعتد بنظرية الاستلام ، وبالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل، إذا أخذ بنظرية التصدير ، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، إذ يجوز لهما أن يحددا مكانا آخر بالاتفاق بينهما على أن يكون مكان الإرسال أو الاستلام[2].

و يطرح السؤال في حالة تعدد مقرات عمل المرسل إليه فبأي منها يعتـــــــد ؟

بين القانون النموذجي أنه يعتد في هذه الحالة بمقر العمل الأوثق علاقة بالمعاملة المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني وتنفيذه ، أي الأكثر صلة بموضوع العقد، أو بمقر العمل الرئيسي ، إذا لم توجد مثل تلك المعاملة [3]، وإن لم يوجد مقر معين كانت العبرة بمحل الإقامة المعتاد[4] ، وفقا للفقرة ب من نفس المادة التي نصت :" إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل يشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد".

وقد برر الأخذ بمقر عمل المرسل أو المرسل إليه دون مكان وجود نظام المعلومات بكون الطبيعة الخاصة للمعاملات الإلكترونية تقتضي ذلك، حيث كثيرا ما يكون نظام المعلومات الخاص بكل طرف ، المرسل أو المرسل إليه، موجودا في مكان غير المكان الذي يوجد فيه مقر المرسل أو المرسل إليه ، لذلك أصاب القانون النموذجي في الاعتداد بمكان تواجد مقر أعمال المرسل لتحديد مكان الإرسال وبمقر أعمال المرسل إليه لتحديد مكان تلقي الرسالة[5].

---

[1]) د/ عمر خالد زريقات ، عقد البيع عبر الانترنت، مرجع سابق، ص 169.

[2]) د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني ، مرجع سابق، ص 308.

[3]) د/محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الأنترنت، مرجع سابق، ص 89.

[4]) د/ محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص69.

[5]) شحاتة غريب محمد شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص 146و147.

وقد أيد كل من الأستاذين "مالوري وشيفاليه" نظرية الازدواجية[1] ، بحجة أنه لا يمكن إجبار المتعاقد الذي لم يصدر منه تعبير عن الإرادة اولا على التقاضي بعيدا عن محل إقامته ، بل من يقاضى بعيدا عن محل إقامته هو من صدرت عنه المبادرة التعاقدية.[2]

على غرار القانون النموذجي أخذ المشرع في بعض قوانين المعاملات الإلكترونية العربية بنظرية الازدواجية ، منها القانون الأردني رقم لسنة 2001 في مادته 18، والقانون الإماراتي رقم 02 لسنة 2002 في مادته 4/17 ، والقانون البحريني في مادته4/14[3].

هناك قوانين أخرى ورغم حداثتها ، إلا أنها لم تراع الطابع الخاص للعقود الإلكترونية ، ولا تزال تتمسك بالنظرية التقليدية ، كما هو الحال في مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري ، والذي نص :" يسرى على الإلتزامات التعاقدية في مفهوم أحكام هذا القانون قانون الدولة التي يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين إذ اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ، ما لم يتفق المتعاقدين على غير ذلك، ويعتبر العقد قد تم بمجرد تصدير القبول"[4] ، فرغم أن هذا المشروع لم يتجسد بعد ، إلا أنه يلاحظ أن المشرع المصري قد تراجع عن نظرية العلم بالقبول ، وتبنى نظرية تصدير القبول ، رغم أن كلاهما لا تصلح لتطبيقها في مجال البيئة الالكترونية .

[1]) د/عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، مرجع سابق، ص 164.

[2]) آمال حابت، استغلال خدمات الانترنت، مرجع سابق، ص 84

[3]) د/ناصر حمودي، النظام القانون لعقد البيع ...، مرجع سابق، ص 223.

[4]) محمد أمين الرومي،التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص 105.

وقد ذهب المشرع التونسي في الفصل 28 من قانون المبادلات الإلكترونية إلى الاعتداد بعنوان البائع كمكان إبرام العقد[1] ، إلا أن ذلك لا ينفع في المجال الإلكتروني باعتبار أن البائع يمكن أن يتخذ عنوانا في البريد الإلكتروني مرتبط ببلد معين أو يسجل في موقع الكتروني لدى بلد معين ، بحيث يكون هذا البلد لا علاقة له بالنشاط التجاري للبائع أو مقر عمله ، الشيء الذي يؤدي إلى تشابك العلاقات القانونية وخضوع الأطراف لقانون دولة أخرى غير التي ينتمون إليها ، وهذا ما يعيق تقدم التجارة الإلكترونية.

بعد التدقيق في النظريات التقليدية التي عالجت مسألة تحديد زمان انعقاد العقد ، يتضح أنه من الصعوبة تفضيل إحدى النظريات على الأخرى ، فلكل منها مزاياها وعيوبها ، وعلى حد تعبير الأستاذ (دي باج) فإن الأمر يدعو إلى الحيرة في الأخذ بواحدة منها دون الأخرى ، لذا تبقى المشكلة دون حل[2]. نظرا للصعوبات التي تواجه تطبيق هذه النظريات في مجال التعامل الدولي ، نجد اختلاف الدول في الأخذ بهذه النظريات، وقد اعتدت أغلبية الدول بنظرية العلم بالقبول ، والتي تعد من أهم هذه النظريات ، في حين نجد القانون والقضاء في بعض الدول سيما الأنجلوسكسونية تتراوح آراءهم بين نظرية تصدير القبول ونظرية استلام القبول[3].

يتبين أن الحلول التي قدمتها النظريات الحديثة الثنائية أكثر تطورا وعدالة وانسجاما في التعامل التجاري ، سيما في المجال الإلكتروني ، لعدم وجود تلازم حتمي بين مسألة زمان انعقاد العقد ومكان انعقاده ، لذا ينبغي أن تحذو الدول حذو قانون اليونسترال ، والذي ليس من شأنه إبطال أو تعديل أحكام التشريعات الوطنية أو العرف التجاري اللذان يعطيان الحق للمتعاقدين لتحديد زمان ومكان الانعقاد.

---

[1]) د/ناصر حمودي، النظام القانون لعقد البيع ...، مرجع سابق، ص 223.

[2]) حسب الأستاذ " قيفوريا" فإن قصور هذه النظريات راجع لتقديمها لحل واحد في وقت واحد في حين أن هناك وقتين مما يستلزم النص في التشريعات على أن للعقد وقتين، وقت للموجب ووقت للقابل"

[3]) د/ناصر حمودي ، النظام القانوني لعقد البيع ...، مرجع سابق، ص 224


خاتمة

خاتمـــــــة:

تسمح القواعد العامة في معظم التشريعات، باستيعاب التعبير عن الإرادة عبر وسيط إلكتروني كصورة من صور التعبير عن الإرادة، رغم عدم تضمنها نصوصا تشريعية تجيز هذه الوسيلة، إلا أن الانتشار المذهل لاستخدام هذه الوسيلة في القطاع التجاري في معظم دول العالم زاد من حدة المخاوف حول مشروعية استخدامها في غياب نص قانوني يجيزها.

اجتهد الفقه والقضاء في الدول المتقدمة ولعب دورا بارزا وهاما في إيجاد منافذ قانونية لإجازة التعبير عن الإرادة عبر وسيط إلكتروني لمواكبة التطور التكنولوجي ، وعدم إعاقة التجارة الإلكترونية ، إلا أن التخوف من إستعمال هذه الوسيلة في الدول النامية ظل حاجزا يمنع تطور هذا النوع من التجارة في هذه الدول ، باعتبار أن دور المبادئ القضائية فيها لا يتعدى تفسير وتطبيق أحكام التشريع.

نادى الفقهاء بضرورة مواكبة القانون للآفاق الجديدة المتولدة عن استخدام تكنولوجيا الاتصال، فأقرت المنظمات الإقليمية والعالمية هذا الواقع ، ومن ثم أجازت صراحة التعبير عن الإرادة عبر وسائط إلكترونية، مما جعل معظم الدول المتقدمة تحذو حذوها ، وتقر صراحة في تشريعاتها الداخلية بإجازة هذا النوع من التعامل .

بقيت الدول النامية بعيدة عن مواكبة هذه التطورات، باستثناء بعض الدول العربية التي شرعت قوانين خاصة تجيز وتنظم المعاملات الإلكترونية ، بينما بقي موقف المشرع الجزائري غامضا ، رغم إدخاله تعديلا على القانون المدني سنة 2005 ، يتضمن اعترافه بالكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني كأدلة إثبات قانونية، إلا أنه لم يجز صراحة التعبير عن الإرادة عبر الوسيط الإلكتروني، وهذا ما أثار خلافا في وسط المحللين القانونيين ، بين معارض ومؤيد لمشروعية هذه الوسيلة في القانون الجزائري.

بغض النظر عن التعديل الذي جاء به المشرع الجزائري، يمكن الرجوع إلى القواعد العامة، والاستفادة من مرونة نصوصها التي لم تتضمن ما يمنع استعمال هذه الوسيلة، إضافة إلى تدوينها بشكل يسمح باستيعاب هذه الأخيرة وإعطائها المشروعية. إلا أن المعاملات والعمليات التي أوجدتها الأساليب الحديثة تتسم بالتركيب والتعقيدات الفنية والقانونية ، وتنطوي على قيمة اقتصادية كبيرة ، مما ينجم عنها مخاطر جسيمة تمس

مصالح أطراف التعاقد، لذا بات من الضروري أن يتدخل المشرع للإفصاح عن موقفه الصريح بشأن إجازة هذا النوع من التعامل .

تقتضي طبيعة العقد الإلكتروني أن يبرم عن بعد بين متعاقدين يعتبران في أغلب الأحيان غير متكافئين، أحدهما المنتج أو المهني ذو الخبرة والإمكانيات الاقتصادية، والثاني طرف ضعيف، لا يملك مثل هذه الإمكانيات، وهو المستهلك. لذا ظهرت في هذا النوع من التعاقد عدة إشكالات قانونية أهمها:

- مشكلة اللغة باعتبار العقد الإلكتروني دوليا في الغالب، مما جعل الدول المتمسكة باستعمال لغتها في التعاقد تتراجع عن هذا الموقف، وتعدل قوانينها الداخلية حتى لا تكون اللغة عائقا في تقدم التجارة الإلكترونية.

- صعوبة التأكد من شخصية المتعاقد وهويته ، لذا أصبح من الضروري التوسع في الأخذ بنظرية الوضع الظاهر لتوفير حماية أكبر للمهني حسن النية، مع ضرورة إنشاء جهات للتحقق من هوية طرفي العقد، كجهة التوثيق الإلكتروني وجهة المصادقات الإلكترونية، وهذا ما يؤكد أن مجرد الاعتراف بالإمضاء الإلكتروني كوسيلة إثبات غير كاف لتنظيم هذا النوع من المعاملات.

- عدم كفاية نظرية عيوب الإرادة لحماية المستهلك فرغم أن المشرع الجزائري أولى حماية خاصة للمستهلك ، إلا أن هذه الحماية تبقى غير كافية في المجال الإلكتروني ، لذا يتعين توفير نوع خاص من الحماية للمستهلك ، مما جعل نظرية عيوب الإرادة المعروفة في القواعد العامة غير كافية لضمان هذه الحماية، فينبغي على المشرع الجزائري أن يقتدي بمشرعي الدول المتقدمة في توسيع نطاق هذه النظرية لتشمل الطعن لإبطال العقد بناء على الإخلال بالالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، وهذا ما يبين أهمية مرحلة المفاوضات في المجال الإلكتروني، وضرورة الاهتمام بهذه المرحلة وتنظيمها.

- ضرورة تحديد مضمون الإيجاب الإلكتروني، إذ لم تعد حرية المهني في تحديد مضمون الإيجاب مطلقة، بل أصبحت مؤطرة بشكل يمنح حماية أكبر للمستهلك وذلك بإلزام المهني بإيراد المسائل الجوهرية في التعاقد، وهي مسائل تختلف عن تلك المتعارف عليها في القواعد العامة، لذا عمدت التشريعات الحديثة على تحديد هذه المسائل لإزالة الغموض والشكوك.

- أثار الضغط على أيقونة القبول للتعبير عن القبول خلافا كبيرا حول مشروعية هذه الوسيلة ، مما أدى إلى ظهور جانب من الفقه يدعو إلى ضرورة وضع قواعد خاصة في هذا المجال لعدم كفاية القواعد العامة، كالأخذ بقاعدة الضغط المزدوج التي اهتدى إليها المشرع الفرنسي ، وهو المشرع الوحيد الذي نظم هذه الطريقة في حين يبقى الغموض سائدا في باقي الدول.

- اتفق أغلبية فقهاء العصر الحديث على أن التعبير في المجال الإلكتروني لا يكون إلا صريحا، وبذلك لم يجيزوا التعبير عن القبول ضمنيا ، وهذا مخالف للقواعد العامة. وقد أثار هذا الموقف خلافا فقهيا حول الأخذ بالسكوت الملابس كقبول في المجال الإلكتروني بين مجيز لاعتباره كذلك لتشجيع التجارة الإلكترونية، وبين رافض لذلك على أساس عدم جواز تطبيق الاستثناءات الواردة في القواعد العامة، نظرا لحداثة هذه الآلية في المعاملات ، وعدم استقرار قواعد العرف فيها. لذا وجب أخذ الاستثناءات الواردة في القواعد العامة بحذر، إذ لا يكفي أن يكون هناك تعامل سابق بين الطرفين ، بل يجب أن يقترن كذلك بظرف آخر يرجح دلالة السكوت على القبول ، كأن يكون هناك اتفاق سابق صريح أو ضمني، مما يدعو إلى وضع قواعد خاصة بالمعاملات الإلكترونية في هذه المسألة.

- أعطي للمستهلك الحق في العدول عن قبوله رغم انعقاد العقد وهذا مخالف للقواعد العامة. وإن أجاز المشرع الجزائري هذا الحق في القواعد الخاصة لحماية المستهلك، إلا أن التشريعات الحديثة المنظمة للعقد الإلكتروني وسعت من مضمونه ومجاله بشكل يضمن المزيد من الحماية للمستهلك.

- يصعب تحديد زمان ومكان تلاقي الإرادتين في المجال الإلكتروني ، فرغم كون نظرية العلم بالقبول التي تبناها المشرع الجزائري أكثر تأييدا من طرف الفقه والقضاء، إلا أن تطبيقها على المستوى الدولي يثير العديد من الصعوبات لتداخل العديد من القوانين الداخليـــة. وقد انتقدت بكونها تضمن حماية أكبر للمهني على حساب المستهلك الذي يظل غير عالم بوقت علم الموجب بقبوله، وبذلك يجهل وقت إبرام العقد، ويبقى تحديد الوقت في يد المهني.

اتجهت التشريعات الحديثة إلى الأخذ بنظريات جديدة لم تكن معروفة كنظرية "تصدير تأكيد القبول" ، والتي اعتبرت لحظة تصدير تأكيد القبول كلحظة انعقاد العقد ، وقد أخذ بهذه النظرية المشرع الفرنسي ، فيحين أخذ المشرع الأمريكي في القانون التجاري بلحظة "إرسال تأكيد للمستهلك من طرف المهني"، وهذه النظرية تعيد التوازن لطرفي العقد بقيام المهني بإعلام المستهلك بتسلمه للقبول .

يبقى إذن تمسك المشرع الجزائري بنظرية العلم بالقبول في المجال الإلكتروني لا يضمن الحماية السليمة والكافية للمستهلك من المخاطر التي قد تنجر مــــــن هذه المعاملات ، وهذا ما يعيق انتشار التجارة الإلكترونية في الجزائر.

- عدم ملاءمة نظرية التلازم لتحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني جعل مبدأ سلطان الإرادة الذي تبنته معظم الدول في قواعدها العامة يسد الفراغ التشريعي الكبير السائد في الدول التي لا تزال تتمسك بنظرية التلازم ، إلا أن الأمر أصبح أكثر تعقيدا في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد مكان إبرام العقد ، لذا كان تدخل قانون اليونسترال بتبنيه نظرية الازدواجية صائبا، وينبغي على المشرع الجزائري تبني مضمون هذه النظرية لنجاعتها في حل إشكالية مكان إبرام العقد الإلكتروني.

يتبين أنه بالرغم من إمكانية استيعاب القواعد العامة للتعبير عن الإرادة عبر وسيط إلكتروني ، إلا أنها تبقى غير ملائمة وغير كافية لتنظيم وتأطير المعاملات الإلكترونية بسبب الخصوصيات والتعقيدات التي يتم بها هذا النوع من التعاقد.

وما دامت المشاركة في التجارة الإلكترونية مسألة وقت، فإن الدولة الجزائرية أصبحت مطالبة بتوفير بيئة قانونية مناسبة للتجارة الإلكترونية والإسراع في إصدار قانون خاص بهذه التجارة ، حتى لا تبقى على الهامش في مجال الاقتصاد الرقمي والشبكي.

لا شك أن التنظيم القانوني للظواهر الاقتصادية لن يكون سليما ، ما لم يستند إلى دراسات معمقة. لكن لا مانع من الاهتداء في ذلك بالدول السباقة إلى تنظيم هذا المجال الجديد ، والاستفادة من تجاربها ، مثل الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا ، مع ضرورة وضع أنظمة خاصة بتنفيذ القانون المأمول، كالأنظمة المحددة للجهات المختصة بإصدار شهادات التوثيق وجهات التصديق الإلكتروني بهدف التقليل من عمليات الغش، والتحايل والقرصنة التي اجتاحت التجارة الإلكترونية باعتبارها مجالا خصبا ومفتوحا لها.

قائمة المراجع

أولا : باللغةالعربية :

1- **كتب :**

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية ، دراسة الجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الإتصال الحديثة "التراسل الإلكتروني"، مجلس النشر العلمي، الكويت ، 2003.

2. د.إبراهيم رفعت الجمال، انعقاد البيع بوسائل الاتصال الحديثة (دراسة فقهية مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.

3. د.أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006

4. د.أحمد سعيد الزقرد، أصول قانون التجارة الدولية، البيع الدولي للبضائع، المكتبة العصرية، القاهرة، 2006.

5. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الالكترونية، جامعة عين الشمس، القاهرة،(د تا).

6. د.أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 2002 .

7. أحمد محمد أبو الروس، الموسوعة التجارية الحديثة ، الدار الجامعية، الإسكندرية، (د.تا).

8.أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

9. أحمد عبد الله الضويحي، حكم العقود الالكترونية ووسائل إثباتها في الشريعة الإسلامية، جامعة اليرموك، عمان، 2004.

10. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

11. د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2003.

12. أمير فرج يوسف ، عالمية التجارة الإلكترونية وعقودها وأساليب مكافحة الغش التجاري والإلكتروني، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2009

13. د.العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (الجزء الأول)، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

14. الياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2009 .

15. بشار محمود دودين ، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.

16. د.جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2001.

17. جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من أضرار المنتجات الصناعية المعيبة، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1995.

18. د.حسام الدين كامل الأهواني ، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، القاهرة، الطبعة الثالثة ، 2000 .

19. حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسوب الآلي (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

20. حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

21. د. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء الإتفاقات الدولية والتشريعات العربية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2007

22. د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006 .

23. د. خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2009 .

24. رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، (دراسة تحليلية ومقارنة)،

دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

25. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

26. د. شحاتة غريب محمد شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية (دراسة مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

27. د. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2006.

28. د. صلاح الدين الناهي، مصادر الالتزام، (د د ن)، عمان، 1984.

29. طارق عبد العال حماد، التجارة الإلكترونية، الأبعاد التكنولوجية والمالية والتسويقية والقانونية، الدار الجامعية ، الإسكندرية، 2003

30. د. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني(دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،1997.

31. د. عباس العبودي ، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2010 ،

32. د.عبد الحكيم مصطفى، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1997 .

33. د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام،

العقد ، الجزء الأول، دار النهضة العربية ، القاهرة، الطبعة الثالثة ، 1981.

34. عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت ، 2006.

35. د.عبد الودود يحي ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

36. عدلان السرحان ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني الأردني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2000.

37. علاء محمد عبد نصيرات ، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دار الثقافة ، عمان ، 2005.

38. علي فيلالي ، الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.

39. د.عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الانترنت، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان، (د تا).

40. فراح مناني، العقد الإلكتروني، وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2009.

41. د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية تطبيقية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.

42. نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاتها على بعض أنواع العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

43. د. نضال إسماعيل برهم ، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.

44. نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2000.

45. محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2004.

46. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التعاقد بالبيع بواسطة الانترنت (دراسة مقارنة)، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002.

47. د. محمد السعيد الرشدي، الانترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، 1997.

48. محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2009 .

49. د. محمد سعيد جعفور ، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002.

50. محمد حسان لطفي، عقود خدمات المعلومات، دراسة في القانونين المصري

والفرنسي، (د.د.ن)، الإسكندرية، 1993.

51. محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، (د د ن)، القاهرة، 1995

52. محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت (دراسة مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

53. د. محمد حسين عبد العال ، ضوابط الإحتجاج بالمستندات العقدية في القضاء الفرنسي ، دار النهضة ، القاهرة ، 1999.

54. د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 2006.

55. محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، (د.تا).

56. د. محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

57. محمد سعيد أحمد اسماعيل ، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2009 .

58. د.محمد شكري سرور، موجز أحكام عقد البيع الدولي وفقا لإتفاقية فيينا 1980 ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1998.

59. د. محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة

للالتزامات) ، العقد والإرادة المنفردة ، دار الهدى ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، 2004.

60. محمد طاهر نصير ، التسويق الإلكتروني ، دار حامد للنشر والتوزيع ، عمان ، 2005.

61. د. محمد علي جواد ، العقود الدولية (مفاوضاتها، إبرامها وتنفيذها) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، (د تا).

62. د. محمد فواز محمد المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) ، دار الثقافة ، عمان ، 2006.

63. د. محمود السيد عبد المعطي خيال، الانترنت وبعض الجوانب القانونية، دار النهضة، القاهرة، 1998.

64. د. محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التليفون، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2000.

65. د. محمود الكيلاني، التشريعات التجارية والمعاملات الإلكترونية، دار وائل للنشر، عمان، 2004.

66. د. محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في التعاقد عبر الانترنت (دراسة مقارنة)، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2005

67. محمود محمد حمودة ومحمد مطلق عساف، فقه المعاملات، مؤسسة الوراق، عمان،

.2000

68. د. مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

69. مصطفى العوجي، القانون المدني (العقد) ، الجزء الأول، مؤسسة بحسون للنشر و التوزيع، بيروت، 1995.

70. ممدوح محمد حيزي المسلمي، مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الانترنت في القانون المدني (دراسة مقارنة) ، دار النهضة العربية، القاهرة ، (د تا) .

71. د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الثانية، 1992.

72. منير محمد الجنبيهي وممدوح محمد الجنبيهي، التبادل الإلكتروني للبيانات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.

73. وائل أنور بندق ، قانون التجارة الإلكتروني (قواعد الأونستيرال ودليلها التشريعي)، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، 2009 .

2/ الرسائل والمذكرات:

1. أحمد طاهري ، صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر، 1998.
2. آمال حابت ، استغلال خدمات الانترنت، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، 2004.
3. ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت (رسالة دكتوراه) ، كلية الحقوق بتيزي وزو ، جامعة مولود معمري ، 2009.

3/المقالات :

1. أحمد باشي،" واقع وآفاق التجارة الإلكترونية" ، إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة ، العدد 26، 2003، ص ص 65 -84.
2. إلياس بن ساسي، "التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به"، مجلة الباحث، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة ورقلة ، العدد الثاني ، 2003 ، ص ص 60-67.
3. د/سمير برهان، "إبرام العقد في التجارة الالكترونية"، العقود والاتفاقات في التجارة الإلكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، 2007، ص ص51 – 84.
4. صابر راشدي ، "المركز القانوني للكمبيوتر (الحاسب) في التعاقد الإلكتروني"، معارف، المركز الجامعي بالبويرة ، العدد 09 ، 2010 ، ص ص 9-28 .
5. د/محمد البنان، " العقود الالكترونية "، العقود والاتفاقات في التجارة الإلكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، 2007، ص ص 01-47.
6. محمد بودالي ، "التوقيع الإلكتروني"، إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، العدد 26، 2003، ص ص 49-64.

4/النصوص القانونية :

أ - الاتفاقيات الدولية:

1. اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولية للبضائع لعام 1980:

http//www. Uncitral.org.unicitral/ar/

2. التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية :

Http:// www.legislation.h/ m so.gov.UK/Si/Si 2002/20022013, htm.

ب - النصوص التشريعية :

1. أمر رقم 58/75 مؤرخ في 1975/09/26 ، يتضمن القانون المدني الجزائري ، ج ر رقم 78 لسنة 1975، معدل ومتمم .
2. قانون رقم 2000-230 مؤرخ في 2000/03/13 معدل للقانون المدني الفرنسي .
3. قانون رقم 83 مؤرخ في 2000/08/09 يتعلق بالمبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي، منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 2000/08/11 :

http//www. arabegov.Com/news /news .asp

4. قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لسنة 2001:

http//www. arabegov.Com

5. قانون التجارة الإلكترونية البحريني لسنة 2002:

http//www. egovs.Com/news.php

6. قانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي لسنة 2002:

http//www. damascubar.org

7. قانون فرنسي خاص بالمعاملات الرقمية لسنة 2004:

http://www. Legi France. Gouv.Fr/

8. أمر رقم 10/05 مؤرخ في 2005/06/20، معدل ومتمم للقانون المدني الجزائري، ج ر عدد 44، صادرة في 2005/06/26.

ج- **القوانين النموذجية** :

1. قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 ، صادر في الجلسة رقم 85 للجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1996/09/16:
http//www. Uncitral.org/pdf/arabic

2. قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001:
http//www. daccess-ods.un.org/tmp/7958533.html

3. التوجيه الخاص بالتجارة الإلكترونية رقم 2000/31 الصادر في 2000/06/08 .

ثانيا- باللغة الفرنسية :

1- Ouvrages :

1. BEAURE D'AUGERES (Guillaume), Pierre BRESSE et Stéphanie THUILIER, Paiement numérique sur internet, Thomson publishing, Paris, 1997.
2. BENSOUSSAN (Alain), Le commerce électronique, Aspects juridiques, Hermes, Paris, 1998.
3. BENSOUSSAN (Alain), Internet Aspects juridiques, Hermes, paris, 2ème édition, 1998.

4. BERNAUT(M.H), Langue française et protection du consommateur dans le commerce électronique, www Fagassocies.com/.

5. BESSONNET (Anne), Philippe Edouard LAMY, Contrats d'affaires internationaux, Pearson, Paris, 2005.

6. BITAN (Hubert), Contrats informatiques, Juris-classeur, Paris, 2002.

7. BRAHINSKY (Corinne Renault), L'essentiel du droit des obligations, Gualino, Paris, 5ème édition, 2009.

8. BRUFFIN-BRICCA (Sophie), Laurence-caroline HENRY, Droit des obligations, Gualino, Paris, 2006.

9. CHATILLON (Stéphane), Le contrat international, Quercy Mercués, Paris, 3ème édition, 2007.

10. CLAUDE (Lucas de leyssac), Gilbert PARLEANI, Droit du Marché, Presses universitaires de France, Paris, 2002.

11. D'AUZON (Olivier), Le droit du Commerce électronique, èditions du puits Fleuri, France, 2005.

12. DELEBECQUE (Philippe), Le contrat d'entreprise, Dalloz, Paris, 1993.

13. DRUFFIN-BRICCA (Sophie), Laurence Caroline HENRY, Anna Droit LMD 2008, Droit des Obligations, Gualino, Paris, 2008.

14. FABRE- MAGNAN (Muriel), De l'obligation d'information dans les contrats, E.J.A, Paris, 1992.

15. FLOUR (Jacques), Jean-Luc AUBERT, Eric SAVAUX, Les obligations, L'acte juridique, Sirey, Paris, 2008.

16. HEUZE (Vincent), La vente internationale de marchandises, Droit uniforme, Delta, Paris, 2000.

17. Huet, Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux ، L.G.D.J, paris, 1996.

18. LARROUMET (Christian), Droit Civil, Les Obligations, Le contrat, Tome 3, Economica, Paris, 6ème édition, 2007.

19. MASCALA (Corinne), Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, Droit civil, Les contrats civils et commerciaux, LGDJ, Paris, 5ème édition, (S.A.E).

20. PANSIER (Frédéric-Jérôme), Cinquante commentaires d'arrêts en droit des obligations, Ellipses, Paris, 2000.

21. PEDAMON (Michel), Le Contrat en droit allemand, L.G.D.J, Paris, 2éme édition, 2004.

22. PIETTE-COUDOL (Thierry), La signature électronique, Litec, Paris, 2001.

23. PIZZI (J.Pierre), La protection des consommateurs par le droit commun des obligations ، R.T.D، Paris ،1998.

24. POULET (Olivier), Savoir négocier ses contrats, Elmas, Paris, 2007.

25. RAYNOUARD (Arnaud), Le contrat électronique, Panthéon Assas, Paris, 2002.

26. RIHM (Isabelle), L'erreur dans la déclaration de volonté, Presses universitaires d'Aix Marseille, Marseille , 2006.

27. SOUCHON (Christine), Les vices du Consentement dans le contrat, Pedone, Paris, 1976.

28. THIEFFRY (Patrick), Commerce électronique, droit International et européen, Litec, Paris, 2002.

29. VERBIEST (Thibault), Commerce électronique, le nouveau cadre juridique, Larcier, Bruxelles, 2004.

30. VERBIEST (Thibault), La protection juridique du cyber-Consommateur, Litec, Paris, 2002.

31. WICKER (Guillaume) et Jean-Baptiste RACINE, Principes contractuels communs, société de législation comparée, Paris, 2009.

2- Articles

1. ALBERTINI (Jean- André), "Les mots qui vous engagent", Recueil Dalloz, N°4, 2004, pp. 230-234

2. BEAUCHARD(Jean), "L'offre dans le Commerce électronique", Le contrat électronique au cœur du commerce électronique, Université de Poitiers, 2005, pp. 35-47

3. COLLARL et DELEBECQUE, "Contrats civils et commerciaux," Recueil Dalloz, n°211, 1996, pp : 179-180.

4. DELPECH(X), "Contrat, responsabilité, assurance", Recueil Dalloz, N° 40, 2006, p 2788 et 2789.

5. El-GHARBI (Mustapha), "Justice contractuelle et liberté de la volonté, un rapport problématique", revue de la recherche juridique, Droit prospectif, N° 01, 2005, pp. 165-181.

6. HASSLER (Théo)," La signature électronique ou la nouvelle frontière probatoire", Revue de jurisprudence commerciale, n°06, 2000, pp . 193-199.

7. NOGUERO(David), "L'acceptation dans le contrat électronique", Le contrat électronique au cœur du commerce électronique, Université de poitiers, 2005, pp . 35-47

فهرس المحتويات